

LE NOUVEAU DROIT DE L'ENTRETIEN DE L'ENFANT
ET DU PARTAGE DE LA PREVOYANCE

LE NOUVEAU DROIT DE L'ENTRETIEN DE
L'ENFANT ET DU PARTAGE DE LA
PREVOYANCE

Edité par
François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3873-1

© 2016 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, notaires, magistrats et juristes. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et de la Chambre des notaires neuchâtelois et s'articule en principe autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit.

En 2016, la journée est consacrée à deux modifications importantes du Code civil dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2017. La première concerne les règles relatives à l'entretien de l'enfant, la seconde les règles régissant le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce. En lien avec ces deux thèmes, la journée 2016 est également l'occasion de faire le point, deux ans après sa modification, sur le régime de l'autorité parentale et de la prise en charge des enfants, après un divorce principalement.

Ainsi, Olivier Guillod présente les règles qui permettent de déterminer l'entretien de l'enfant, François Bohnet exposant pour sa part les règles s'appliquant, dans ce domaine, à la procédure et à l'exécution des décisions. Anne-Sylvie Dupont présente ensuite les nouvelles règles applicables au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, Sabrina Burgat se chargeant quant à elle de dresser un état des lieux de la situation en matière d'autorité parentale et de prise en charge de l'enfant.

Dédié à des questions d'actualités et présentant pour l'essentiel des règles nouvelles avec lesquelles le praticien du droit n'a d'autre choix que de se familiariser, cet ouvrage trouve naturellement sa place dans la bibliothèque de ce dernier.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participants au colloque. Ils remercient également toutes les collaboratrices et tous les collaborateurs du secrétariat de la formation continue, pour l'organisation de la journée et l'élaboration du manuscrit.

François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

Sommaire

OLIVIER GUILLOD

La détermination de l'entretien de l'enfant 1

FRANÇOIS BOHNET

Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure
et mise en œuvre 29

ANNE-SYLVIE DUPONT

Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance
en cas de divorce 47

SABRINA BURGAT

Autorité parentale et prise en charge de l'enfant : état des lieux 107

Abréviations

AI	Assurance-invalidité
al.	alinéa(s)
APEA	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
art.	article(s)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AVS/AI	Assurance-vieillesse et survivants/Assurance-invalidité
BK	Berner Kommentar
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107)
cf.	comparer (conferre)
ch.	chiffre(s)
CHF	franc suisse
CLaH80	Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (RS 0.211.230.02)
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
comp.	comparer
consid.	considérant(s)

Abréviations

COPMA	Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CPra	Commentaire pratique
CR [loi]	Commentaire romand (voir bibliographie)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	et caetera
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
in	dans
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20)
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
let.	lettre

Abréviations

LFLP	Loi fédérale sur le libre passage du 17 décembre 1993 (RS 831.42)
LiCPC	Loi (jurassienne) d'introduction du Code de procédure civil suisse du 16 juin 2010 (RSJ 271.1)
lit.	littera (lettre)
LJ	Loi (fribourgeoise) sur la justice du 31 mai 2010 (RSF 130.01)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
n.	note
N	numéro(s) de paragraphe
OEC	Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (RS 211.112.2)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFS	Office fédéral de la statistique
OLP	Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 3 octobre 1994 (RS 831.425)
OPP2	Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (RS 831.441.1)
OPP3	Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance du 13 novembre 1985 (RS 831.461.3)
p. / pp.	page(s)
PDC	Parti démocrate chrétien

Abréviations

p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
PS	Parti socialiste
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RS 831.101)
réf.	référence(s)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSJ	Recueil systématique de la législation jurassienne
RSPC	Revue suisse de procédure civile
SJ	Semaine judiciaire
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
Tit. fin. CC	Titre final du Code civil
vol.	volume
ZPO	= CPC

La détermination de l'entretien de l'enfant

par

Olivier Guillod

Professeur à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	2
II. Rappels jurisprudentiels.....	3
A. Quelques principes généraux	3
B. Quelques incertitudes persistantes.....	8
III. Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant	11
A. Introduction.....	11
B. Augmentation rétroactive des contributions d'entretien à l'enfant	13
C. Primauté de l'entretien de l'enfant mineur	16
D. Contribution pour la prise en charge de l'enfant par un parent	19
IV. Conclusion	26
Bibliographie récente choisie	27

I. Introduction¹

1. Le juriconsulte Antoine Loisel, ancien maître des formules percutantes, écrivait dans ses *Institutes coutumières* au début du dix-septième siècle : « Qui fait l'enfant le doit nourrir ». Quatre siècles plus tard, la formule reste ancrée dans notre code civil, dont l'article 276 al. 1 dispose : « Les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer, par conséquent, les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger ». Elle est complétée par une précision relative aux modalités de l'entretien découlant de l'article 276 al. 2 CC : « L'entretien est assuré par les soins et l'éducation ou, lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère, par des prestations pécuniaires ».
2. Derrière ces principes d'apparence toute simple se cache un contentieux dont le caractère pléthorique est évidemment lié au nombre impressionnant de séparations (mesures protectrices au sens des articles 175 ss CC, mesures provisionnelles selon les articles 276 ss CPC) et de divorces. Il ne nous est pas possible en quelques pages d'en rendre compte de manière détaillée². Il est tout aussi périlleux de vouloir synthétiser la jurisprudence en la matière, dans la mesure où, malgré l'affirmation occasionnelle de quelques principes généraux par le Tribunal fédéral, elle reste très largement casuistique³. En outre, la détermination de l'entretien se fait au moyen de méthodes diverses qui présentent chacune des variantes selon le canton ou la juridiction saisie. Déterminer l'entretien de l'enfant (ou, plus généralement, de la famille) demeure donc aujourd'hui une tâche

¹ La présente contribution reprend des éléments d'une intervention que nous avons faite l'an dernier au 8^e Symposium de droit de la famille à Fribourg, et publiée ensuite sous le titre : *Menus propos sur l'entretien de la famille après la fin de l'union*, in : Fountoulakis/Jungo (édit.), *Patrimoine de la famille*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 161 ss.

² Voir par exemple HAUSHEER HEINZ/SPYCHER ANNETTE, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 2^e éd., Berne 2010.

³ Pour en avoir une idée, voir la newsletter de droit matrimonial de la Faculté de droit de Neuchâtel, paraissant chaque mois sur le site : <http://www.droitmatrimonial.ch/index.php?id=206>.

- pleine d'aléas. Avocats et juges tentent de faire au mieux, pour leurs clients ou pour la Justice, mais sans avoir de réel modèle de référence⁴.
3. Cette situation de relative incertitude juridique ne sera pas améliorée par la réforme du droit de l'entretien de l'enfant adoptée par le Parlement fédéral le 20 mars 2015, réforme dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2017⁵. La réforme clarifie certes quelques points (par exemple la priorité de la contribution d'entretien destinée aux enfants mineurs), mais elle introduit des nouveautés, en particulier la contribution à la prise en charge de l'enfant mineur, dont la mise en œuvre se fera probablement de manière très diverse par les juridictions cantonales.
 4. Après avoir fait quelques rappels des positions adoptées par la jurisprudence dans l'application du droit actuel de l'entretien de l'enfant, nous analyserons ensuite le contenu de la réforme du 20 mars 2015, en particulier sa nouveauté principale, c'est-à-dire le droit de l'enfant à une contribution, intégrée à son entretien, pour sa prise en charge personnelle par son père ou sa mère.

II. Rappels jurisprudentiels

A. Quelques principes généraux

5. Au-delà de la nature essentiellement casuistique déjà mentionnée de la jurisprudence du Tribunal fédéral, on peut chercher à identifier quelques principes généraux gouvernant la détermination de l'entretien de l'enfant mineur. Ces principes guident l'interprétation à donner à l'article 285 al. 1 CC disant de manière très vague que « [l]a contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère »⁶.

⁴ Les auteurs sont de plus en plus nombreux à réclamer un tel cadre de référence. Voir, pour l'un des derniers en date à le faire, ALLEMANN HANS-MARTIN, *Betreuungsunterhalt – Grundlagen und Bemessung*, Jusletter 11 juillet 2016.

⁵ RO 2015 4299.

⁶ Une modification purement rédactionnelle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2017 : « ressources *des* père et mère » deviendra « ressources *de ses* père et mère »

6. Nous rappellerons brièvement cinq de ces principes généraux, en commençant par le *principe d'égalité entre les enfants mineurs* au bénéfice d'un droit à l'entretien⁷.
7. Ce principe ressort d'une jurisprudence constante. On peut lire par exemple le passage suivant dans un arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2010 : « Nach der Rechtsprechung ergibt sich aus dieser Vorschrift (art. 285 CC), dass alle unterhaltsberechtigten Kinder eines Elternteils im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen finanziell gleich zu behandeln sind. Ungleiche Unterhaltsbeiträge sind somit nicht von vorneherein ausgeschlossen, bedürfen aber einer besonderen Rechtfertigung »⁸. Il s'agit donc bien d'une égalité de traitement entre tous les enfants mineurs⁹, peu importe qu'ils soient nés durant le mariage ou hors mariage¹⁰, et non d'une égalité de résultat. Des contributions d'entretien d'un montant différent pour chaque enfant sont évidemment possibles, dès l'instant où elles se justifient par des besoins différents (formation, soins, etc.)¹¹. On sait bien, par exemple, que les contributions d'entretien aux enfants mineurs sont le plus souvent fixées par tranche d'âge, dans la mesure où les frais liés à l'entretien d'un adolescent sont plus élevés que ceux d'un nourrisson¹².
8. Un deuxième principe général tient à la *subsidiarité de l'entretien de l'enfant majeur* par rapport à l'entretien d'un enfant mineur, d'un conjoint, voire d'un ex-conjoint.

(nos italiques).

⁷ Sur ce principe, voir notamment SPYCHER ANNETTE, *Kindesunterhalt : Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst*, FamPra.ch 2016, p. 1, 3 ss.

⁸ ATF 137 III 59, consid. 4.2.1.

⁹ La prétention d'entretien des enfants majeurs est en revanche subsidiaire à celle des enfants mineurs : ATF 132 III 209.

¹⁰ Mais à condition bien sûr qu'existe un lien de filiation. Il n'y a pas de devoir d'entretien envers les « beaux-enfants » : TF 5C.218/2005 du 27 octobre 2005.

¹¹ Voir par exemple ATF 126 III 353 ; ATF 127 III 68.

¹² Voir par exemple les Normes d'insaisissabilité en vigueur dès le 1^{er} janvier 2016 dans le canton de Neuchâtel, prévoyant un montant de base de CHF 400.- pour chaque enfant jusqu'à 10 ans et de CHF 600.- pour chaque enfant de plus de 10 ans.

9. Ce principe est important surtout lorsque des contributions d'entretien sont dues à plusieurs bénéficiaires (enfant mineur, enfant majeur, conjoint) et que les ressources de la famille ne suffisent pas à satisfaire le besoin d'entretien de tous¹³. Il prend une signification différente quand la question de l'entretien de l'enfant majeur se pose isolément : conformément à l'article 277 al. 2 CC, l'entretien n'est pas dû inconditionnellement, mais uniquement si l'enfant n'a pas encore acquis une formation appropriée à sa majorité et si les circonstances permettent d'exiger des parents qu'ils continuent à entretenir leur enfant. Dans ce cadre, le point le plus délicat est sans doute les conséquences à tirer d'une rupture des relations personnelles entre l'enfant majeur et son parent¹⁴.
10. Un troisième principe qui ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral consiste en *l'intangibilité du minimum vital du parent débiteur* de l'entretien.
11. Selon une jurisprudence¹⁵ qui n'a pas varié malgré le feu des critiques doctrinales¹⁶, le minimum vital du parent débiteur est intangible au moment de déterminer la contribution d'entretien qu'il doit verser. Lorsque les ressources financières de la famille sont insuffisantes pour assurer le minimum vital du débiteur et de tous les créanciers d'entretien, le premier doit conserver le montant correspondant à son minimum vital, tel que déterminé par les normes cantonales d'insaisissabilité, tandis que les seconds doivent faire appel à l'aide sociale pour couvrir leur propre minimum vital. En pareille hypothèse, le manque doit être réparti conformément au principe précédent, c'est-à-dire de manière égale, ou, exprimé de manière plus

¹³ Voir notamment ATF 132 III 209.

¹⁴ A ce sujet, voir TF 5A_182/2014 du 12 décembre 2014 ; TF 5A_64/2015 du 2 avril 2015 ; TF 5A_137/2015 du 9 avril 2015 et le commentaire d'AMEY LAURA, La contribution d'entretien en faveur d'un enfant majeur, Newsletter droitmatrimonial.ch, juin 2015.

¹⁵ ATF 140 III 337, consid. 4.3 ; ATF 137 III 59 ; ATF 135 III 66 ; ATF 123 III 1.

¹⁶ Voir toute la doctrine citée dans l'ATF 135 III 66 ainsi que MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 5^e éd., Genève 2014, p. 721.

exacte, de manière proportionnelle, entre tous les enfants mineurs (et éventuellement l'autre conjoint)¹⁷.

12. Selon un quatrième principe général, lorsque le revenu effectif du parent débirentier ne suffit pas à assurer l'entretien convenable de ses enfants, le juge doit *prendre en compte un revenu hypothétique*¹⁸.
13. Le revenu hypothétique consiste dans « le revenu qu'il [le débirentier] pourrait raisonnablement percevoir s'il faisait les efforts que l'on est en droit d'attendre de lui »¹⁹. Le Tribunal fédéral a jugé à de maintes reprises que « [l]es critères permettant de déterminer le montant du revenu hypothétique sont, en particulier, la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail. Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne une augmentation de son revenu est une question de droit ; en revanche, déterminer quel revenu la personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait »²⁰. Le juge doit donc d'abord trancher si l'on peut raisonnablement exiger du parent débirentier qu'il exerce une activité lucrative, même partielle. Quand ce parent n'a plus exercé d'activité lucrative depuis très longtemps et est âgé de plus de cinquante ans, aucun revenu hypothétique ne lui sera toutefois en principe imputé²¹. Le juge doit ensuite déterminer le montant du revenu hypothétique. Le Tribunal fédéral a jugé que « [p]our arrêter

¹⁷ ATF 137 III 359, consid. 4.2.3.

¹⁸ Un revenu hypothétique peut aussi être imputé au parent créancier d'entretien pour lui ou pour les enfants mineurs sous son autorité parentale ou sa garde, aux mêmes conditions que pour le parent débiteur de l'entretien (si ce n'est que la prise en charge d'un enfant de moins de dix ans exclut en principe l'imputation d'un revenu hypothétique, alors que la prise en charge d'un enfant de 10 à 16 ans ne permet l'imputation que d'un revenu hypothétique correspondant à une activité à temps partiel). Voir notamment ATF 137 III 102.

¹⁹ GUILLOD OLIVIER/BURGAT SABRINA, *Droit des familles*, 4^e éd., Bâle et Neuchâtel 2016, p. 188.

²⁰ ATF 137 III 102, consid. 4.2.2.2. Voir aussi TF 5A_958/2014 du 12 mai 2015.

²¹ La limite d'âge, longtemps fixée à 45 ans, a eu tendance dans les arrêts les plus récents, à être portée à 50 ans : voir par exemple ATF 137 III 102. Voir aussi CPra Matrimonial-SIMEONI, art. 125 CC N 57. Voir aussi TF 5A_129/2015 du 22 juin 2016 en ce qui concerne l'impact de l'âge sur les possibilités de retrouver du travail après un licenciement.

le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources »²² ou alors faire appel à son expérience générale de la vie²³. Finalement, le juge doit fixer l'éventuel délai à accorder au conjoint concerné pour réaliser ce revenu hypothétique, en tenant compte de toutes les circonstances d'espèce²⁴. Le Tribunal fédéral laisse un pouvoir d'appréciation étendu à l'autorité de première instance. Il a par exemple jugé qu'un délai d'environ deux mois à une épouse pour trouver un emploi à plein temps n'était pas arbitraire, alors que celle-ci estimait que quatre à six mois étaient nécessaires²⁵. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a considéré, en se référant à l'article 279 al. 1 CC, qu'un revenu hypothétique pouvait parfois être pris en compte même de manière rétroactive²⁶.

14. Le cinquième principe général répété à l'envi par le Tribunal fédéral consiste à reconnaître un *large pouvoir d'appréciation au premier juge*.
15. Le Code civil reste muet sur la manière de fixer les contributions d'entretien. Le Tribunal fédéral en déduit que la détermination de l'entretien relève du pouvoir d'appréciation du juge, qui applique les règles du droit et de l'équité ou, autrement dit, tient compte de toutes les circonstances d'espèce²⁷. Toutefois, l'absence de relations personnelles entre l'enfant et le parent ne justifie en principe pas (sous réserve de l'abus de droit) une réduction de la contribution d'entretien²⁸. Au-delà des circonstances d'espèce, ce large pouvoir

²² Voir par exemple ATF 137 III 118. Dans l'arrêt 5A_958/2014 du 12 mai 2015, le Tribunal fédéral s'est fondé sur les indemnités de chômage pour déterminer le revenu hypothétique. Dans une autre affaire (TF 5A_65/2015 et 5A_87/2015 du 9 juin 2015), il s'est basé sur le salaire moyen pour un travail de secrétariat dans le domaine sanitaire.

²³ Voir par exemple TF 5A_154/2016 du 19 mai 2016 ; TF 5A_615/2015 du 15 juin 2016.

²⁴ Voir notamment ATF 129 III 417.

²⁵ TF 5A_958/2014 du 12 mai 2015, consid. 3.6.2.

²⁶ TF 5A_59/2016 du 1^{er} juin 2016.

²⁷ Voir par exemple ATF 127 III 136.

²⁸ Voir ATF 120 II 177.

d'appréciation se traduit en particulier par la liberté qui est laissée au premier juge de choisir la méthode de calcul de l'entretien²⁹. Une des méthodes le plus fréquemment utilisées quand la famille dispose de revenus moyens est celle du minimum vital (strict ou élargi) avec répartition de l'excédent³⁰. Mais le Tribunal fédéral tolère aussi, dans la même gamme de revenus, l'application de la méthode abstraite, fixant la contribution d'entretien selon un pourcentage des revenus du débirentier (15 à 17% pour un enfant, 25 à 27% pour deux enfants, 30 à 35% pour trois enfants), pour autant que le résultat chiffré soit compatible avec le niveau de vie et la capacité contributive du débirentier³¹. En revanche, le pouvoir d'appréciation du juge ne l'autorise pas à fixer une contribution d'entretien globale pour l'ensemble de la famille, parce que cela « ne ressort pas de la loi et que le juge doit fixer de manière différenciée la pension due à l'épouse et celle due aux enfants »³².

16. Même si l'on peut dégager quelques principes généraux de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la lecture des arrêts laisse l'impression que, en fin de compte, tout va dépendre des circonstances d'espèce ainsi que de l'appréciation qui en a été faite par le premier juge. Rares sont en effet les arrêts du Tribunal fédéral qui censurent la solution trouvée par l'instance inférieure.

B. Quelques incertitudes persistantes

17. La principale incertitude qui demeure concernant l'entretien de l'enfant tient à la diversité des méthodes de calcul appliquées par les tribunaux³³. On vient de le rappeler, le Tribunal fédéral s'est pour le moment refusé à imposer aux juridictions inférieures une méthode

²⁹ Voir notamment ATF 128 III 411.

³⁰ Le Tribunal fédéral la juge parfaitement admissible en présence de revenus moyens : voir par exemple TF 5A_745/2015 et 5A_755/2015 du 15 juin 2016.

³¹ TF 5A_745/2015 et 5A_755/2015 du 15 juin 2016.

³² TF 5A_745/2015 et 5A_755/2015 du 15 juin 2016, consid. 4.5.2.3. Voir aussi TF 5A_874/2015 du 2 mars 2016 et GUILLOD OLIVIER, La contribution globale d'entretien : vers la fin d'une hérésie ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_743/2012 du 6 mars 2013, Newsletter DroitMatrimonial.ch mai 2013.

³³ Sur ces méthodes, voir notamment CPra Matrimonial-SIMEONI, art. 125 CC N 102 ss ; ALLEMANN (n. 4), p. 15.

spécifique pour fixer les contributions d'entretien de la famille. Pourtant, l'application d'une méthode ou d'une autre peut aboutir à des résultats concrets assez différents. Mais les juges fédéraux ne modifient d'ordinaire pas la quotité des contributions d'entretien décidées par le premier juge, tant et aussi longtemps que ces contributions ne paraissent pas foncièrement inéquitable.

18. Le Tribunal fédéral manifeste néanmoins à l'occasion une certaine préférence pour l'application d'une méthode particulière de calculer la contribution d'entretien. Par exemple, la méthode du minimum vital (en général élargi, prenant en compte au moins les impôts) avec répartition de l'excédent entre les conjoints et les éventuels enfants a été jugée adéquate dans les situations, fréquentes, de séparation dans lesquelles la famille dispose de ressources dites « moyennes »³⁴.
19. Plus souvent, le Tribunal fédéral estime qu'une méthode spécifique est inopportune dans une constellation de faits donnée. Par exemple, un calcul abstrait est inadéquat pour calculer le train de vie d'un conjoint et d'enfants : le juge ne peut pas simplement diviser par deux les dépenses de la famille avant la séparation (afin de calculer le train de vie du conjoint), après déduction de 25% de ces dépenses, qui seraient destinées aux enfants³⁵. De même, les juges ont-ils estimé que la méthode abstraite (pourcentage du revenu mensuel du débirentier attribué aux enfants et au conjoint) est inappropriée quand les parents se partagent de manière égalitaire la garde des enfants³⁶.
20. De manière générale, le Tribunal fédéral a toujours exprimé un certain scepticisme par rapport à l'application mécanique de tables ou d'autres instruments analogues. En ce qui concerne l'entretien des enfants, les « Recommandations pour la fixation des contributions

³⁴ TF 5A_861/2014 du 21 avril 2015. Cette méthode est jugée adéquate quand les époux ne réalisent pas d'économies ou, qu'en raison des frais supplémentaires liés à l'existence de deux ménages séparés, leurs revenus sont entièrement absorbés par l'entretien courant.

³⁵ *Idem*, consid. 6.

³⁶ TF 5A_1017/2014 du 12 mai 2015. On soulignera que la garde partagée ou alternée n'exclut pas le versement de contributions d'entretien au conjoint et/ou aux enfants.

d'entretien des enfants » éditées par l'Office de la jeunesse du canton de Zurich sont souvent utilisées par les tribunaux, spécialement dans des cantons alémaniques, ainsi qu'à Fribourg. Ces tables déterminent combien coûte l'entretien (comprenant les dépenses nécessaires et les frais accessoires, y compris le coût de la prise en charge) d'un ou de plusieurs enfants, en fonction de leur âge et du nombre de frères et sœurs ainsi que des ressources globales de la famille³⁷. Ainsi, pour des ressources de la famille de l'ordre de CHF 7'000.- à CHF 8'000.-, le coût total de l'entretien d'un enfant varierait entre CHF 1'525.- (enfant de moins de six ans dans une fratrie de trois) et CHF 2'125.- (enfant unique de plus de treize ans). Le Tribunal fédéral a plusieurs fois répété que ces tables devaient être affinées, en tenant compte des besoins concrets particuliers de l'enfant, ainsi que du niveau de vie et de la capacité contributive des parents³⁸.

21. On notera au passage les différences qui résulteraient de l'application stricte de la méthode abstraite des pourcentages ou des tables zurichoises. L'entretien d'un enfant unique de quinze ans dont le parent débirentier touche CHF 8'000.- de revenus mensuels s'élèverait à CHF 1'200.- à CHF 1'360.- selon la méthode des pourcentages (15%-17% de CHF 8'000.-), alors qu'il se monterait à CHF 2'125.- (soit 27% en chiffres arrondis) selon les tables zurichoises. C'est pourquoi, il nous semble plus approprié d'utiliser par principe la méthode concrète du minimum vital élargi avec répartition éventuelle de l'excédent³⁹, qui convient le mieux dans la grande majorité des situations. Cette méthode peut en outre facilement être adaptée pour rester équitable dans des situations de grande aisance ou, au contraire, de précarité sévère. Dans la première

³⁷ Pour des détails et une appréciation critique, voir notamment MEIER/STETTLER (n. 16), p. 708 ss.

³⁸ Voir par exemple TF 5A_61/2015 du 20 mai 2015. Le Tribunal fédéral n'accepte pas non plus sans autre une réduction forfaitaire des chiffres ressortant des tables zurichoises, comme la pratique certains tribunaux cantonaux : voir MEIER/STETTLER (n. 16), p. 710 n. 2486.

³⁹ Que le Tribunal fédéral et la doctrine appellent la méthode concrète à deux étapes : voir notamment ALLEMANN (n. 4), p. 15.

hypothèse⁴⁰, on peut calculer l'entretien dû à l'enfant sur la base des dépenses effectives (sans tenir compte du montant de base fixé dans les normes cantonales d'insaisissabilité) qui étaient ordinairement consenties pour lui chaque mois⁴¹. Dans la seconde hypothèse, l'entretien de l'enfant devra être calculé sur la base du minimum vital au sens strict, tel qu'il est déterminé par les normes cantonales d'insaisissabilité⁴².

III. Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant

A. Introduction

22. Depuis de nombreuses années, diverses interventions parlementaires avaient demandé une révision du droit de l'entretien de l'enfant, notamment pour nuancer le principe de l'intangibilité du minimum vital du parent débirentier quand les ressources de la famille ne suffisent plus pour assurer le minimum vital de tous les membres de la famille⁴³. Le Tribunal fédéral avait lui-même fait un appel du pied au législateur en estimant que sa jurisprudence consacrant l'intangibilité du minimum vital du débirentier était discutable, mais qu'il appartenait au Parlement de trouver une solution globale cohérente à la problématique de l'insuffisance des ressources de la

⁴⁰ Jamais circonscrite par le Tribunal fédéral, contrairement à ce qu'il a fait dans le cadre de l'article 328 CC (dette alimentaire) où la notion d'aisance correspond à un revenu imposable mensuel de CHF 10'000.- pour une personne célibataire (voir notamment TF 5A_122/2012 du 21 juin 2012). Par extrapolation, on peut soutenir qu'une situation d'aisance ne devrait pas être admise en-dessous d'un revenu (familial) de CHF 12'000.- au moins.

⁴¹ Ce que la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir par exemple TF 5A_876/2014 du 3 juin 2015) et la doctrine alémanique appellent la méthode concrète à une étape : voir notamment ALLEMANN (n. 4), p. 15.

⁴² Et, bien entendu, en préservant le minimum vital du parent débirentier, à moins qu'un revenu hypothétique puisse lui être imputé.

⁴³ Ces interventions s'appuyaient sur de nombreux avis doctrinaux. Pour un survol des controverses doctrinales, voir le Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), du 29 novembre 2013, FF 2014 511, 526 note 34. Pour les interventions parlementaires, voir FF 2014 528 s.

famille⁴⁴. Cette question avait paru justifier, aux yeux du Conseil fédéral, une réforme du Code civil relatif à l'entretien de l'enfant⁴⁵.

23. Après la procédure de consultation, le Conseil fédéral a finalement renoncé à proposer l'abandon du principe d'intangibilité du minimum vital du débirentier. Il a justifié sa position en évoquant à la fois des raisons pratiques (notamment l'ouverture de plusieurs dossiers à l'aide sociale) et des motifs liés au partage des compétences entre la Confédération et les cantons : alors que la première peut légiférer en droit civil, les seconds sont souverains dans le domaine de l'aide sociale⁴⁶. Or, une coordination des deux domaines est souhaitable.
24. Le Conseil fédéral a cependant saisi l'occasion de ces travaux de révision pour proposer d'autres ajustements : permettre l'augmentation des contributions d'entretien quand la situation financière du parent débirentier s'améliore notablement et qu'il n'a pu précédemment verser des contributions suffisantes pour garantir l'entretien convenable de l'enfant, ancrer dans la loi le principe de la priorité de l'entretien de l'enfant mineur, prévoir dans la contribution d'entretien de l'enfant un montant pour sa prise en charge par un parent personnellement et enfin harmoniser l'aide cantonale au recouvrement des contributions d'entretien⁴⁷.
25. Après des débats relativement brefs, le Parlement fédéral a adopté la révision du Code civil relative à l'entretien de l'enfant le 20 mars 2015. Il s'est rallié presque complètement au projet du Conseil fédéral. La réforme enterra en vigueur le 1^{er} janvier 2017⁴⁸. Nous présenterons succinctement ici uniquement les réformes substantielles relatives à l'entretien de l'enfant⁴⁹.

⁴⁴ ATF 135 III 66, consid. 10. Voir aussi le premier arrêt de principe : ATF 121 I 97, consid. 2 et 3.

⁴⁵ Voir le Message (n. 43), FF 2014 511, 525 : « la question de l'introduction de la répartition du déficit est en grande partie à l'origine de la présente révision ».

⁴⁶ Message (n. 43), FF 2014 541.

⁴⁷ Voir le Message (n. 43), FF 2014 511 ss.

⁴⁸ RO 2015 4299.

⁴⁹ Pour un aperçu de l'harmonisation de l'aide cantonale au recouvrement des contributions d'entretien, voir GUILLOD (n. 1), p. 168 s.

B. Augmentation rétroactive des contributions d'entretien à l'enfant⁵⁰

26. L'article 129 al. 3 CC permet à une personne divorcée de demander, dans un délai de cinq ans, l'augmentation de la rente obtenue lors du divorce quand le jugement de divorce constate que la rente allouée n'assure pas l'entretien convenable du bénéficiaire et que la situation du débirentier s'est améliorée entre-temps⁵¹. Afin d'assurer l'application effective de cette disposition, l'article 282 al. 1 let. c CPC exige que le jugement de divorce indique « le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable du crédirentier dans le cas où une augmentation ultérieure de la rente a été réservée ». L'indication de ce montant doit en réalité systématiquement figurer dans le jugement de divorce, dès que ce dernier alloue une rente qui n'assure pas l'entretien convenable du conjoint bénéficiaire⁵², *a fortiori* quand la rente n'assure même pas le minimum vital.
27. Le juge de l'action en modification du jugement de divorce peut donc augmenter le montant de la rente quand les conditions de l'article 129 al. 3 CC sont réunies. Il doit alors décider du moment à partir duquel la modification de la rente prendra effet, en fonction des circonstances d'espèce : ce moment coïncidera en principe avec celui du dépôt de la demande, mais il pourrait exceptionnellement être fixé à une date antérieure⁵³. Dans cette dernière hypothèse en particulier, cela revient à augmenter avec effet rétroactif le montant de la contribution d'entretien accordée au conjoint divorcé.
28. Un système finalement assez proche découle de l'actuel article 286 al. 2 CC qui prévoit que le juge peut, sur requête, modifier, c'est-à-dire réduire ou augmenter, une contribution d'entretien en faveur d'un enfant « si la situation change notablement »⁵⁴. Comme à l'égard d'un conjoint divorcé, la décision de modification de la rente déploie

⁵⁰ Nous reprenons à ce sujet l'essentiel des idées figurant dans notre contribution citée en n. 49, p. 171 s.

⁵¹ Sur l'interprétation assez large de cette notion, voir CPra Matrimonial-SIMEONI, art. 129 CC N 81 ss.

⁵² Dans ce sens, CPra Matrimonial-BOHNET, art. 282 CPC N 21.

⁵³ Dans ce sens, CPra Matrimonial-SIMEONI, art. 129 CC N 88 s.

⁵⁴ Sur l'interprétation large de cette notion, voir MEIER/STETTLER (n. 16), p. 735.

en principe des effets dès le moment du dépôt de la requête, mais le juge pourrait exceptionnellement prévoir une autre date, antérieure ou postérieure.

29. C'est ce système ordinaire de modification des contributions d'entretien qui fait l'objet d'un affinement dans la réforme entrant en vigueur le 1^{er} janvier prochain. En premier lieu, le nouvel article 301a let. b et c introduit dans le Code de procédure civile exige que toute décision fixant des contributions d'entretien en faveur d'un enfant indique notamment « le montant attribué à chaque enfant » et « le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant »⁵⁵. Cette mesure obligera les juges à déterminer systématiquement l'entretien convenable de l'enfant, ce qui constitue un progrès en termes de clarté et de sécurité juridiques. Reste cependant la problématique de la multiplicité des méthodes appliquées pour calculer l'entretien convenable de l'enfant. Le Conseil fédéral relève ce point, en s'en remettant au pouvoir d'appréciation du juge mais en rappelant aussi que « plusieurs participants à la consultation ont proposé de prendre comme référence le montant maximal de la rente d'orphelin simple prévue par l'AVS/AI »⁵⁶.
30. L'indication systématique du montant de la rente allouée et du montant correspondant à l'entretien convenable de l'enfant facilitera d'abord la modification ultérieure ordinaire de la contribution d'entretien, dans l'hypothèse d'un changement notable de la situation (art. 286 al. 2 CC). Elle permettra en outre de mettre en œuvre le nouvel article 286a CC, qui confère à l'enfant crédientier n'ayant pas reçu une contribution d'entretien assurant son entretien convenable le droit de demander ultérieurement les montants manquants⁵⁷ pendant les cinq dernières années. On peut naturellement se demander si le juge saisi de la requête de modification sera lié par l'évaluation de l'entretien convenable de l'enfant effectuée par le premier juge ou s'il pourra substituer sa propre appréciation de

⁵⁵ Le nouvel article 287a CC pose la même exigence à l'égard de la convention relative aux contributions d'entretien dues à un enfant.

⁵⁶ Message (n. 43), FF 2014 561-562.

⁵⁷ Qui correspondent à la différence entre la rente fixée dans la décision de justice et la rente (fictive) qui aurait assuré l'entretien convenable de l'enfant.

l'entretien convenable. A notre avis, l'action en modification n'ayant pas pour but de revoir le jugement précédent, mais simplement de l'adapter à des circonstances nouvelles, le juge saisi de la requête de modification devrait prendre comme point de départ le montant de l'entretien convenable indiqué par le premier juge. On ne voit cependant pas ce qui l'empêcherait de revoir ce montant pour les périodes ultérieures ayant connu des changements de circonstances, en appliquant le cas échéant une autre méthode que celle choisie par le premier juge.

31. L'enfant ne pourra cependant réclamer une hausse rétroactive de la contribution d'entretien que si, premièrement, « la situation du parent débiteur s'est améliorée de manière exceptionnelle depuis lors » (art. 286a al. 1 CC). Conformément aux termes utilisés, l'interprétation du texte légal devrait être restrictive. La doctrine cite des exemples repris du Message (« un héritage, un montant important gagné à la loterie ou un don »)⁵⁸ et y ajoute ceux de son cru : bonus salarial exceptionnel⁵⁹, écriture d'un ouvrage devenant un best-seller, dépôt d'un brevet, décollage fulgurant d'une start-up⁶⁰. L'amélioration exceptionnelle de la situation financière du débirentier ne doit pas forcément permettre le rattrapage des cinq années durant lesquelles l'entretien convenable de l'enfant n'a pas pu être assuré. En second lieu, l'enfant devra agir dans un délai de péremption⁶¹ relativement bref, à savoir une année dès qu'il a eu connaissance de l'amélioration exceptionnelle de la situation économique du débirentier (art. 286a al. 2 CC)⁶². Si l'enfant laisse passer ce délai, il ne peut certes plus réclamer l'entretien convenable pour les cinq années précédentes, mais il peut naturellement demander un montant couvrant son entretien convenable sur la base de l'article 286 al. 2 CC non seulement pour l'avenir, mais à notre avis aussi pour le passé, dès le jour où le débirentier a vu sa situation financière s'améliorer de

⁵⁸ FF 2014 567.

⁵⁹ MEIER/STETTLER (n. 16), p. 740.

⁶⁰ GUILLOD (n. 49), p. 171.

⁶¹ Et non de prescription : MEIER/STETTLER, (n. 16), p. 740.

⁶² SPYCHER (n. 7), p. 7, estime ainsi que les exigences posées à l'enfant pour réclamer rétroactivement l'entretien convenable sont très sévères.

manière exceptionnelle. Ce caractère exceptionnel d'une situation est en effet utilisé par le Tribunal fédéral⁶³ pour justifier de conférer à un jugement de modification d'entretien des effets remontant à une date antérieure au dépôt de la requête.

32. Si l'entretien convenable de l'enfant n'a pu être assuré pendant les cinq années précédentes que par les contributions de l'autre parent ou par des avances consenties par la collectivité publique, ces derniers peuvent faire valoir par subrogation le droit de l'enfant contre le débirentier, à concurrence naturellement des montants qu'ils ont versés à l'enfant (art. 286 al. 3 CC).

C. Primauté de l'entretien de l'enfant mineur

33. L'articulation entre les contributions d'entretien dues à plusieurs bénéficiaires constitue aussi un problème relativement complexe. Les tribunaux de certains cantons avaient pris la mauvaise habitude de prononcer une contribution d'entretien globale, destinée à la fois au conjoint séparé (ou à l'ex-conjoint après divorce) et aux enfants vivant avec lui. Pendant longtemps, le Tribunal fédéral a toléré cette pratique et ne s'est jamais prononcé de manière claire sur une éventuelle priorité de l'entretien de l'enfant mineur par rapport à l'entretien dû au conjoint séparé ou à l'ex-conjoint⁶⁴. Les juges fédéraux n'ont effectivement condamné la pratique de la contribution d'entretien globale que relativement récemment⁶⁵, alors même qu'elle était susceptible de poser des problèmes mis en lumière en doctrine, notamment au stade de l'exécution des contributions d'entretien⁶⁶. La réforme de l'entretien de l'enfant condamne désormais définitivement la contribution d'entretien globale, d'une part en

⁶³ ATF 111 II 103 ; TF 5A_894/2010 du 15 avril 2011.

⁶⁴ Voir notamment ATF 132 III 209, consid. 2.3. La doctrine majoritaire préconisait la priorité de l'entretien de l'enfant mineur : MEIER/STETTLER (n. 16), p. 699 et leurs références.

⁶⁵ TF 5A_745/2015 et 5A_755/2015 du 15 juin 2016, consid. 4.5.2.3. Voir aussi TF 5A_874/2015 du 2 mars 2016.

⁶⁶ Voir notamment BURGAT SABRINA/CHRISTINAT RACHEL/GUILLOD OLIVIER, Les actions en exécution des contributions d'entretien, Quelques actions en exécution, Neuchâtel 2011, p. 105 ss.

exigeant que le jugement indique la contribution destinée à chaque enfant (art. 301a let. b CPC), d'autre part en affirmant le principe de la primauté de l'entretien destiné aux enfants mineurs par rapport à l'entretien dû à d'autres personnes.

34. Le nouvel article 276a al. 1 CC dispose que « l'obligation d'entretien envers un enfant mineur prime les autres obligations d'entretien du droit de la famille »⁶⁷. L'explication de ce principe fournie par le Conseil fédéral est relativement simple, voire un brin simpliste : un enfant mineur dépendrait entièrement des parents, tandis qu'un conjoint ou un enfant majeur serait « mieux à même de faire face à la situation »⁶⁸. En particulier, l'enfant majeur encore en formation pourrait travailler à temps partiel ou demander une bourse d'études. Cette conception avait déjà amené le législateur, de manière implicite à l'article 277 al. 2 CC, et le Tribunal fédéral, de manière explicite⁶⁹, à affirmer la subsidiarité de l'entretien dû à l'enfant majeur par rapport à l'entretien dû à l'enfant mineur, voire au conjoint séparé ou à l'ex-conjoint. En revanche, les juges fédéraux n'avaient pas une position claire sur la priorité de l'obligation d'entretien envers l'enfant mineur par rapport à l'entretien du conjoint séparé⁷⁰.
35. La primauté de l'entretien dû à l'enfant mineur impose désormais au juge, quand plusieurs prétentions d'entretien sont émises, de procéder par étapes. Prenons l'exemple d'une famille fictive, formée de l'épouse active professionnellement, du mari homme au foyer et de quatre enfants âgés de 19, 16, 12 et 4 ans. Les parents se séparent et les quatre enfants vivent chez le père. Le juge devra se préoccuper en premier lieu d'assurer l'entretien convenable des trois enfants mineurs et, partant, de déterminer la contribution qui est due à chacun. Après qu'il aura fixé l'entretien dû aux trois enfants mineurs, il pourra dans un deuxième temps évaluer la possibilité d'accorder aussi une

⁶⁷ Voir en général les considérations que nous avons déjà émises : GUILLOD (n. 49), p. 169 ss.

⁶⁸ Message (n. 43), FF 2014 555.

⁶⁹ ATF 132 III 209. Voir CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 CC N 74.

⁷⁰ La doctrine majoritaire se prononçait en faveur d'une telle primauté : voir notamment MEIER/STETTLER (n. 16), p. 699 et leurs références.

contribution d'entretien au mari séparé, en veillant bien sûr à ne pas entamer le minimum vital de l'épouse. Enfin, troisième et dernier temps, si l'épouse débirentière dispose encore de ressources qui dépassent confortablement⁷¹ son minimum vital, le juge examinera si une contribution d'entretien peut être accordée à l'enfant majeur.

36. Si le procédé semble en soi peu sujet à controverse, sa concrétisation n'est pas aussi simple qu'il y paraît. La primauté de l'entretien de l'enfant mineur signifie en principe que le juge doit d'abord garantir l'entretien convenable des enfants mineurs, et pas seulement un entretien correspondant à une sorte de minimum vital. L'entretien convenable se détermine en fonction du niveau de vie dont la famille jouissait avant qu'elle n'éclate. C'est en tout cas dans ce sens qu'allait le Conseil fédéral quand il affirmait dans le Message que « l'enfant ne devrait en principe pas souffrir financièrement de ce que la vie séparée du couple entraîne des frais supplémentaires. Il appartient aux parents eux-mêmes d'assumer en priorité les conséquences pécuniaires de leur situation »⁷². Plus loin dans le Message, le Conseil fédéral réaffirmait sa conviction que l'ancrage dans le Code civil du principe de la priorité de l'entretien de l'enfant renforçait « la position de l'enfant dans les situations de déficit, lorsque tant l'enfant que le parent divorcé ont droit au financement de leur entretien. Dans ce cas, en effet, l'entier du montant disponible va être attribué à l'enfant qui, si le parent débiteur ne s'acquitte pas de son obligation, pourra bénéficier de l'avance sur pensions alimentaires »⁷³.
37. Ces principes donc sont susceptibles d'aboutir à une solution dans laquelle les enfants reçoivent une contribution d'entretien relativement confortable, propre à maintenir leur niveau de vie antérieure, alors que le parent qui les prend en charge ne touche qu'une contribution modique, n'atteignant même pas son minimum vital. L'objectif n'est donc plus d'assurer le minimum vital de tous les bénéficiaires d'entretien. Ainsi, la conviction du Conseil fédéral que

⁷¹ Le Tribunal fédéral retient en principe comme montant de base du minimum vital du débirentier celui fixé par les normes cantonales d'insaisissabilité, majoré de 20% : ATF 118 II 97 ; ATF 127 I 202.

⁷² FF 2014 531 s.

⁷³ FF 2014 555.

la primauté de l'entretien de l'enfant mineur améliore sa situation ne nous semble pas systématiquement avérée, dans la mesure où il faut savoir quelle sera la situation financière globale de l'unité formée par le parent gardien et ses enfants mineurs. Si les ressources du débirentier sont limitées, les enfants toucheront davantage, mais le conjoint qui les garde recevra moins, sans que cette baisse ne soit complètement compensée par les avances sur pensions alimentaires ou l'aide sociale. L'amélioration finale de la situation sera donc parfois marginale, voire inexistante dans la pratique. On ne vérifie pas comment l'argent reçu par le parent pour son propre entretien et pour celui des enfants mineurs dont il a la garde est utilisé dans la vie quotidienne.

38. Au surplus, malgré des principes plus clairement affirmés dans la loi, la manière de calculer l'entretien convenable restera très variable d'une juridiction à l'autre, de sorte que la priorité de l'entretien de l'enfant mineur ne sera pas mise en œuvre de façon uniformisée.

D. Contribution pour la prise en charge de l'enfant par un parent

39. Le point à notre avis le plus essentiel de la réforme se trouve inscrit dans le nouvel article 285 al. 2 CC prévoyant que « la contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers »⁷⁴. La simple lecture de la nouvelle disposition légale ne révèle pas son caractère assez révolutionnaire dans le droit suisse de la famille, un droit conservateur construit sur le mariage comme institution centrale. Mais le Message du Conseil fédéral éclaire la portée de ce point de la réforme : « lorsqu'elle [la prise en charge] est assurée par un tiers, par exemple une maman de jour ou une crèche, les frais qui en découlent sont imputés aux coûts directs de l'enfant. Le projet prévoit également la prise en compte des coûts

⁷⁴ Le nouvel article 285 al. 1 CC énonce au préalable que « la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources de ses père et mère ; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant ». En outre, le nouvel article 276 al. 2 CC précise que l'entretien de l'enfant comprend « les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger ». Nous reprenons ici certains développements figurant dans notre contribution citée en n. 49, p. 172 ss.

indirects liés à la prise en charge de l'enfant par un parent »⁷⁵. La réforme obligera donc le juge à intégrer ces coûts indirects dans la contribution de prise en charge de l'enfant qui s'ajoutera à l'entretien proprement dit de l'enfant⁷⁶.

40. Comme le disait de manière pénétrante le Conseil fédéral, « [l]a prise en charge des enfants a un coût »⁷⁷. Ce coût est immédiatement visible quand l'enfant est pris en charge par un tiers (crèche, garderie, baby-sitter, maman de jour, etc.) qui facture ses prestations. Il est donc inclus dans le calcul de la contribution d'entretien due à l'enfant, comme, ultérieurement, d'autres frais d'écolage ou de formation. Le juge doit déterminer d'office le montant des frais de prise en charge de l'enfant par un tiers, également lorsque l'attribution de la garde est modifiée en appel⁷⁸. Le coût de la prise en charge de l'enfant reste en revanche caché quand l'enfant est pris en charge par l'un des parents, qui aménage son temps de travail à cette fin. C'est pourquoi, en droit actuel, il n'est pas compté dans la contribution d'entretien destinée à l'enfant.
41. Le coût de la prise en charge est évidemment le même que les parents de l'enfant qui ne font pas ou plus vie commune soient mariés ou non. Le parent qui garde personnellement l'enfant en renonçant, totalement ou partiellement, à une activité lucrative hors du foyer affaiblit sa propre indépendance financière. Cette précarité découlant de la prise en charge de l'enfant est actuellement compensée, pour un parent marié, mais séparé, voire divorcé, par une contribution d'entretien qui lui est destinée⁷⁹. Mais il n'existe pour le moment aucune compensation en faveur du parent gardien non marié, dans la mesure où aucune obligation d'entretien n'existe entre concubins séparés.

⁷⁵ FF 2014 533.

⁷⁶ Le nouveau droit rattache donc la contribution de prise en charge de l'enfant à l'entretien de l'enfant, et non à celui du parent gardien, comme l'a fait par exemple le droit allemand : FF 2014 533 s.

⁷⁷ Message (n. 43), FF 2014 533.

⁷⁸ TF 5A_876/2014 du 3 juin 2015.

⁷⁹ Fondée sur l'article 176 CC (mesures protectrices de l'union conjugale) ou 125 CC (divorce).

42. C'est cette inégalité que le nouvel article 285 al. 2 CC est destiné à corriger. Il faut souligner cependant que le but du législateur n'a pas été de corriger une inégalité de traitement entre concubins et conjoints, mais uniquement de mettre sur un pied d'égalité du point de vue de leur entretien convenable tous les enfants mineurs, peu importe le statut matrimonial de leurs parents. La nuance est d'importance, au moins en théorie. En pratique, la réforme diminue un risque financier notable lié à la vie en concubinage. Or, de plus en plus de couples ont des enfants sans être mariés. Selon les dernières statistiques de l'OFS, 21,7% des enfants sont nés d'une femme non mariée en 2014 en Suisse. Le taux grimpe même à plus de 27% dans les cantons de Genève, Neuchâtel et Vaud. Ces proportions augmentent lentement, mais régulièrement, chaque année depuis une vingtaine d'années (de 6,8% en 1995 à 21,7% en 2014).
43. Le principe d'intégrer un montant pour la prise en charge de l'enfant mineur dans la contribution d'entretien due à ce dernier étant admis, il faut ensuite déterminer de quelle manière ce montant sera calculé⁸⁰. Un premier problème consiste à savoir si l'âge de l'enfant mineur influence le calcul de la contribution de prise en charge. Le second problème revient à choisir une méthode de calcul.
44. Dans le cadre de l'entretien dû à un conjoint séparé ou divorcé, le Tribunal fédéral considère que l'on ne peut en principe exiger du parent prenant en charge des petits-enfants d'exercer une activité lucrative. Quand le plus jeune des enfants a atteint l'âge de dix ans, on peut en revanche exiger du parent gardien qu'il exerce une activité lucrative de 30% à 50%. Enfin, quand le plus jeune des enfants a seize ans révolus, le parent gardien est censé reprendre une activité lucrative à plein temps, car il est libéré de l'essentiel des tâches de prise en charge des enfants⁸¹. Cette jurisprudence inaugurée il y a plusieurs décennies est fortement critiquée aujourd'hui par une partie de la doctrine qui considère qu'elle n'est plus en phase avec les réalités

⁸⁰ Sur ce point, voir les propositions concrètes formulées notamment par ALLEMANN (n. 4), p. 22 ss. Voir aussi les considérations émises par SPYCHER (n. 7), p. 24 ss.

⁸¹ ATF 137 III 102 ; ATF 115 II 6.

contemporaines⁸². Même le Conseil fédéral relève dans son Message que la réforme du droit de l'entretien de l'enfant fournira au Tribunal fédéral une bonne occasion de réexaminer sa jurisprudence⁸³. De même que la jurisprudence récente a eu tendance à relever l'âge jusqu'auquel on peut exiger d'un conjoint séparé ou divorcé qu'il reprenne une activité lucrative (de 45 à 50 ans), de même peut-on s'attendre à ce que la jurisprudence exige progressivement à l'avenir d'un parent s'occupant d'enfants en bas âge qu'il travaille à temps partiel et peut-être à temps complet dès que l'enfant le plus jeune a dix ou douze ans.

45. Le Conseil fédéral aborde le problème des méthodes de calcul dans le Message, sans vraiment le résoudre. Il affirme d'abord que ce calcul est problématique et qu'aucune des trois méthodes auxquelles on peut songer n'est réellement convaincante, faute de « concept suffisamment abouti »⁸⁴. Il passe ensuite en revue les méthodes, rejetant les deux premières et préconisant la troisième.
46. La première méthode, celle des coûts d'opportunité, se fonde sur « le temps consacré à la prise en charge des enfants en termes de perte de revenu (part du revenu auquel il est renoncé) »⁸⁵. Le Conseil fédéral la juge discutable, car son résultat dépend du revenu que pourrait réaliser le parent prenant l'enfant en charge. En effet, « la prise en charge assurée par un médecin a une valeur beaucoup plus élevée que celle fournie par un employé d'une société de nettoyage »⁸⁶. Dans la première hypothèse, on peut même imaginer que le coût d'opportunité dépasse les capacités financières de l'autre parent.

⁸² Voir notamment HAEFELI FULVIO, Nachehelicher Unterhalt als Auslaufmodell, RSJ 2016, p. 417, 421, qui souligne qu'un tiers seulement des femmes ayant un enfant de moins de cinq ans et un sixième des femmes ayant un enfant de plus de dix ans sont mères au foyer à temps complet.

⁸³ FF 2014 558.

⁸⁴ FF 2014 534 s.

⁸⁵ Message (n. 43), FF 2014 534.

⁸⁶ *Ibidem*.

47. Nous partageons donc l'avis du Conseil fédéral que la méthode des coûts d'opportunité n'est pas appropriée pour calculer la contribution de prise en charge de l'enfant.
48. La deuxième méthode, dite des coûts de remplacement, estime « le coût qu'il faudrait payer si les prestations non rémunérées (*i.e.* celles fournies par le parent prenant en charge l'enfant) étaient payées au prix du marché »⁸⁷. Le Conseil fédéral expose plusieurs arguments qui démontrent le caractère controversé de cette méthode, à cause des limitations des données statistiques existantes et des difficultés de leur appréciation. La fixation d'une valeur monétaire à la prise en charge d'un enfant mineur est également très controversée, car il n'existe pas un prix du marché généralement reconnu pour des prestations ayant en grande partie une valeur immatérielle. Le Conseil fédéral évoque ainsi la possibilité de prendre comme référence le salaire d'une maman de jour et met cette valeur en contraste avec un « salaire » horaire beaucoup plus bas (quatre francs) utilisé dans les tables zurichoises⁸⁸.
49. Les critiques de la méthode des coûts de remplacement méritent certes d'être prises en compte. Elles ne disqualifient pas forcément à nos yeux l'application de cette méthode. En particulier, il appartiendrait à la jurisprudence de déterminer une valeur monétaire de référence pour calculer la contribution de prise en charge de l'enfant. Il paraîtrait justifié de prendre le coût de la prise en charge se rapprochant le plus de celle par un parent, c'est-à-dire la prise en charge de l'enfant par un papa de jour. En fonction de l'étendue de la prise en charge, il ne serait pas compliqué de calculer le salaire d'un papa de jour, compte tenu de l'existence en général de barèmes à ce sujet dans les cantons.
50. L'analyse critique des deux premières méthodes par le Conseil fédérales l'amène pourtant à en recommander⁸⁹ une troisième, fondée

⁸⁷ *Ibidem*. Cette méthode utilise ensuite, selon diverses variantes, des données statistiques réunies par l'Office fédéral de la statistique et des valeurs de référence.

⁸⁸ Message (n. 43), FF 2014 535.

⁸⁹ Absolument rien, dans le texte du Code civil, ne fait allusion au choix d'une méthode de calcul de la contribution de prise en charge de l'enfant. La

sur l'idée que « la prise en charge de l'enfant implique donc de garantir, économiquement parlant, que le parent qui assure la prise en charge puisse subvenir à ses propres besoins tout en s'occupant de l'enfant. Cela signifie que la contribution de prise en charge doit inclure en principe les frais de subsistance dudit parent »⁹⁰. Cette conception vaudrait en tout cas dans les situations où ce parent ne dispose pas de revenus propres⁹¹.

51. Si l'on suivait la méthode préconisée par le Conseil fédéral, la réforme aboutirait du point de vue comptable à une opération blanche pour les parents mariés, mais séparés ou divorcés, puisque l'opération consisterait « uniquement à reporter dans l'entretien de l'enfant un élément de l'entretien après le divorce. (...) les frais de subsistance du parent qui s'occupe de l'enfant, (...) [é]tant intégrés dans la contribution de prise en charge, (...) ne seront plus pris en compte dans la contribution d'entretien après le divorce »⁹². Autrement dit, « [e]nsemble, la contribution de prise en charge et la contribution d'entretien après le divorce équivaudront à la contribution d'entretien après le divorce selon le droit actuel »⁹³.
52. Que les tribunaux adoptent la méthode préconisée par le Tribunal fédéral ou celle des coûts de remplacement par référence au salaire d'un parent de jour, la réforme changera considérablement la situation juridique actuelle quand les parents d'enfants mineurs ne se sont pas mariés et se séparent après avoir vécu une répartition classique des rôles (un parent au foyer, l'autre travaillant hors du foyer). Pour le moment, le parent gardien ne touche rien pour le temps et les soins consacrés à l'enfant et ce dernier reçoit une contribution d'entretien n'intégrant pas le coût de la prise en charge parentale. Avec la réforme, la contribution versée à l'enfant sera majorée d'un montant destiné à couvrir les besoins d'entretien du parent qui le prend en

recommandation du Conseil fédéral aux tribunaux, dont le « pouvoir d'appréciation doit être préservé » (FF 2014 535), ne vaut donc que ce que les juges voudront bien en faire !

⁹⁰ Message (n. 43), FF 2014 535-536.

⁹¹ Message (n. 43), FF 2014 556-557.

⁹² Message (n. 43), FF 2014 537.

⁹³ Message (n. 43), FF 2014 538.

charge ou le coût d'engagement d'un parent de jour⁹⁴. Ce montant pourrait se baser sur le montant de base du minimum vital du parent gardien fixé dans les normes cantonales d'insaisissabilité ou par référence aux normes utilisées en matière d'aide sociale. Il appartiendra aux tribunaux, s'ils retiennent la méthode proposée par le Conseil fédéral, de déterminer ce point.

53. En résumé, la contribution de prise en charge de l'enfant permettra aux couples non mariés de choisir avec moins de crainte une répartition traditionnelle des tâches, un parent s'occupant des enfants, l'autre exerçant une activité lucrative hors du foyer. Le Conseil fédéral soulignait toutefois que la réforme n'avait pas pour objectif de pousser un parent (qui risquerait bien d'être la mère...) à abandonner son activité lucrative pour s'occuper des enfants⁹⁵ mais qu'elle se voulait neutre par rapport au choix des parents. En revanche, cette nouveauté ne devrait avoir qu'un impact très limité pour les familles dans lesquelles les deux parents sont ou ont été mariés.
54. Cette différence dans les effets de la réforme se retrouve dans la réglementation du droit transitoire. L'article 12 al. 1 du titre final du Code civil prévoit que les dispositions renforçant le droit de l'enfant à l'entretien s'appliquent dès leur entrée en vigueur. En conséquence, le nouvel article 13c du titre final du Code civil confère à l'enfant de parents non mariés le droit de demander la modification des contributions d'entretien fixées en sa faveur avant 2017 dans une convention (art. 287 CC) ou dans une décision (art. 279 CC), sans avoir à invoquer un quelconque fait nouveau, dès lors que la nouvelle contribution de prise en charge de l'enfant renforce son droit à l'entretien. L'enfant de parents non mariés vivant séparés et gardé par l'un de ses parents pourra ainsi demander l'augmentation de la

⁹⁴ Selon le Conseil fédéral, « il pourra arriver que le calcul de la contribution de prise en charge, et donc de la contribution d'entretien, débouche sur un montant très élevé » : FF 2014 536.

⁹⁵ Message (n. 43), FF 2014 533 : « il ne s'agit pas de privilégier une prise en charge par les parents, par rapport à une prise en charge assurée par des tiers ». La réforme ne vise qu'à promouvoir l'intérêt de l'enfant à la meilleure prise en charge possible. Voir aussi FF 2014 536 : la contribution de prise en charge ne constitue pas une rémunération du parent s'occupant de l'enfant ; il ne faut donc « pas y voir une incitation à renoncer à l'exercice ou à la reprise d'une activité lucrative ».

contribution d'entretien précédemment fixée en sa faveur, dès le 1^{er} janvier 2017 et pour l'avenir.

55. En revanche, on ne peut pas affirmer de manière toute générale que le nouveau droit est, par principe, plus favorable à l'enfant de parents mariés vivant séparés ou divorcés que le droit actuel. Cela explique que l'article 13c *in fine* du titre final du Code civil ait prévu que la modification ne pourra être demandée par l'enfant que « si la situation change notablement » quand son propre entretien et celui du parent le prenant en charge avaient été simultanément déterminés.

IV. Conclusion

56. L'entretien de l'enfant va certainement continuer de susciter de nombreuses publications ces prochaines années. Pourtant, tout, ou presque tout, a déjà été écrit à plus d'une reprise en doctrine. On peut espérer que le Tribunal fédéral saisisse l'occasion de la réforme pour faire évoluer sa jurisprudence (par exemple quant à l'activité lucrative exigible d'un parent s'occupant d'enfants mineurs), encore largement fondée sur un modèle matrimonial avec répartition traditionnelle des tâches, modèle qui correspond de moins en moins aux réalités actuelles. On peut espérer aussi que le Tribunal fédéral soit plus directif sur certains points, notamment sur l'utilisation des méthodes de calcul.
57. Mais au-delà de ces espoirs, il faut dissiper l'illusion que l'on pourrait arriver à une sorte d'algorithme sophistiqué qui permettrait de calculer l'entretien de l'enfant dans n'importe quelle constellation familiale et d'arriver à un résultat toujours équitable. Il n'y a sans doute que les juristes pour avoir une telle soif de réponses certaines, déguisée sous la bannière de la sécurité juridique.

Bibliographie récente choisie

ALLEMANN HANS-MARTIN, *Betreuungsunterhalt – Grundlagen und Bemessung*, Jusletter 11 juillet 2016

BÄHLER DANIEL, *Unterhaltsberechnungen : von der Methode zu den Franken : Berechnung des Unterhalts für Ehegatten, geschiedenen Ehegatten und Kinder in verschiedenen Konstellationen mit Zahlbeispielen*, FamPra 2015, p. 271 ss

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, *Principes et calcul de l'entretien de l'enfant : cas pratique*, in : Guillod Olivier, Leuba Audrey (édit.), *Le droit de la famille dans tous ses états*, Neuchâtel et Genève 2014, p. 393 ss

BOHNET FRANÇOIS, GUILLOD OLIVIER (édit.), *Droit matrimonial Fond et procédure. Commentaire pratique*, Bâle 2016

BÜCHLER ANDREA, CLAUSEN SANDRO, *Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts : Theorie und Rechtsprechung*, FamPra 2015, p. 1 ss

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, KHALFI BASTIEN, *Quelques réflexions sur la conception de l'entretien en droit de la famille*, *La pratique du droit de la famille* 2014, p. 866 ss

GUILLOD OLIVIER, BURGAT SABRINA, *Droit des familles*, 4^e éd., Bâle et Neuchâtel 2016

HAEFELI FULVIO, *Nachehelicher Unterhalt als Auslaufmodell*, RSJ 2016, 417 ss

HAUSHEER HEINZ, SPYCHER ANNETTE, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 2^e éd., Berne 2010

HELLE NOÉMIE, *Commentaire de l'article 133 CC*, in : Bohnet François, Guillod Olivier (édit.), *Droit matrimonial Fond et procédure. Commentaire pratique*, Bâle 2016, p. 406 ss

JACCOTTET TISSOT CATHERINE, *La contribution d'entretien après divorce*, in : Guillod Olivier, Leuba Audrey (édit.), *Le droit de la famille dans tous ses états*, Neuchâtel et Genève 2014, p. 369 ss

MEIER PHILIPPE, STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 5^e éd., Genève-Zurich-Bâle 2014

MENNE MARTIN, Brennpunkte des Unterhaltsrechts : aktuelle Entwicklungen im deutschen Familienrecht vor dem Hintergrund der in der Schweiz anstehenden Revision des Kindesunterhaltsrechts, Die Praxis des Familienrechts 2014, p. 525 ss

RÜETSCHI DAVID, SPYCHER ANNETTE, Revisionsbestrebungen im Unterhaltsrecht : aktueller Stand und Ausblick, in : Siebte Schweizer Familienrecht§Tage, Berne 2014, p. 155 ss

SIMEONI MANON, Commentaire des articles 125 à 130 CC, in : Bohnet François, Guillod Olivier (édit.), Droit matrimonial Fond et procédure. Commentaire pratique, Bâle 2016, p. 268 ss

SPYCHER ANNETTE, Kindesunterhalt : Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst, FamPra.ch 2016, p. 1 ss

STOUDMANN PATRICK, Projet de modification du droit de l'entretien de l'enfant : le point de vue d'un juge de première instance, Revue de la protection des mineurs et des adultes 2014, p. 279 ss

DE WECK-IMMELÉ CÉLINE, L'entretien durant le mariage et le partenariat, in : Guillod Olivier, Leuba Audrey (édit.), Le droit de la famille dans tous ses états, Neuchâtel et Genève 2014, p. 349 ss

Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre

par

François Bohnet*

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction	31
II. Procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille	31
A. Généralités	31
B. Elargissement du champ d'application	32
1. Audition des parents	32
2. Exhortation à la médiation	33
3. Audition de l'enfant	33
4. Représentation de l'enfant	33
C. Indications devant figurer dans la convention d'entretien ou dans la décision fixant les contributions d'entretien	35
D. Demande d'aliments et action en paternité	37
1. Compétence	37
2. Conciliation préalable	38

* L'auteur remercie Me Guillaume Jéquier, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat, pour l'aide apportée dans la préparation du présent article.

III. Autres dispositions de procédure.....	39
A. Droit de refus de collaborer des conseillers conjugaux ou familiaux.....	39
B. Frais de la médiation	39
IV. Mise en œuvre du nouveau droit.....	40
A. Procédures en cours au 1 ^{er} janvier 2017.....	40
B. Modification des contributions d'entretien.....	42
C. Aide au recouvrement.....	43
D. Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance.....	43
E. Suspension du délai de prescription.....	44
V. Bibliographie.....	45

I. Introduction

1. L'adaptation du droit de la famille aux réalités contemporaines passe par une modification non seulement du droit matériel, mais également du droit de procédure qui permet sa mise en œuvre. Une meilleure prise en compte des intérêts de l'enfant suppose aussi une amélioration de sa position procédurale. Celle-ci a débuté avec le nouveau droit du divorce entré en vigueur au 1^{er} janvier 2000¹. Elle a été poursuivie par l'adoption du nouveau droit de la protection de l'enfant en vigueur au 1^{er} janvier 2013² puis complétée par la révision du droit de l'autorité parentale qui s'applique depuis le 1^{er} juillet 2014³. Elle est en quelque sorte achevée par l'adoption de règles identiques pour toute procédure portant sur l'entretien de l'enfant, en force dès le 1^{er} janvier 2017⁴.
2. Dans les pages qui suivent, nous allons examiner les différents aspects de la réforme du droit de l'entretien ayant une incidence en matière procédurale et sur la mise en œuvre du nouveau droit. Il s'agira donc d'un exposé limité aux nouveautés et non d'une présentation générale des procédures du droit de la famille concernant les enfants. Une attention particulière sera portée aux incidences du nouveau droit pour les praticiens.

II. Procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille

A. Généralités

3. Afin de tenir compte du besoin de protection de l'enfant impliqué dans des affaires de droit de la famille, le Code de procédure civile suisse a réuni quelques dispositions spécifiques pour ce domaine dans le *titre 7* de sa deuxième partie consacrée aux diverses procédures.
4. Ce titre comprend *quatre chapitres*. Le premier porte sur les dispositions générales, qui sont au nombre de deux. La première (art. 295 CPC)

¹ Modification du 26 juin 1998, RO 1999 118.

² Modification du 19 décembre 2008, RO 2011 725.

³ Modification du 21 juin 2013, RO 2014 357.

⁴ Modification du 20 mars 2015, RO 2015 4299.

prévoit que la *procédure simplifiée* s'applique aux procédures indépendantes (d'une procédure matrimoniale). La seconde (art. 296 CPC) impose la *maxime inquisitoire* et la *maxime d'office*. Viennent ensuite un chapitre 2 traitant essentiellement des droits procéduraux de l'enfant en procédure matrimoniale, un chapitre trois délimitant le champ d'application de la procédure sommaire et un chapitre quatre prévoyant quelques règles en matière de demande d'aliment et d'action en paternité.

5. La révision du 20 mars 2015 élargit les droits procéduraux de l'enfant en les généralisant et clarifie la compétence en matière de demande d'aliment.

B. Elargissement du champ d'application

6. Un aspect important de la réforme sous l'angle du droit de procédure est l'élargissement sensible des droits procéduraux de l'enfant dans les affaires de droit de la famille. Alors que selon le texte actuel, seul deux dispositions sont de caractère général (art. 295 et 296 CPC), dès le 1^{er} janvier 2017, l'enfant, qu'il soit de *parents mariés ou non mariés*, bénéficie des droits procéduraux inscrits aux articles 297 à 301a CPC. Les dispositions générales réunissent ainsi les articles 295 à 301a CPC, les chapitres 3 et 4 devenant les chapitres deux et trois.

1. Audition des parents

7. Le principe de l'audition des parents (art. 297 al. 1 CPC) va s'appliquer d'une manière générale, dans le champ d'application du CPC. Dès le 1^{er} janvier 2017, ce sont non seulement les questions d'autorité parentale, d'attribution de la garde, de relations personnelles, de contributions d'entretien dues à l'enfant mineur dans le cas d'une procédure de droit matrimonial, mais également les litiges portant sur les *contributions d'entretien d'enfants de parents non mariés* fondées sur l'article 279 CC qui seront concernées⁵.

⁵ Message concernant la révision du Code civil suisse (Entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013, FF 2014 511 (ci après : Message Entretien de l'enfant), p. 566.

2. Exhortation à la médiation

8. Quant à exhorter les parents à tenter une médiation (art. 297 al. 2 CPC), cette démarche est désormais envisageable non seulement dans les procédures de droit matrimonial, mais également en matière d'*entretien de l'enfant de parents non mariés* et en matière d'action en *paternité*. Rappelons que selon la jurisprudence, l'autorité de protection de l'enfant peut, en se fondant sur l'article 307 al. 3 CC (en lien désormais avec l'article 314 al. 2 CC), ordonner une médiation contre la volonté d'un parent⁶.

3. Audition de l'enfant

9. Le principe de l'audition de l'enfant (art. 298 CPC ; art. 314a CC devant l'autorité de protection de l'enfant) vaut désormais également pour l'*entretien de l'enfant de parents non mariés*. L'audition de l'enfant constitue à la fois un droit de participation de celui-ci à la procédure qui le concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits⁷. A cet égard, la portée de la nouveauté est restreinte, tant il est vrai que ce ne sont pas les questions financières qui devraient être spécifiquement abordées, avec les jeunes enfants à tout le moins⁸.
10. A noter que l'article 12 CDE garantit à chaque enfant le droit d'exprimer son avis dans toute procédure le concernant, dans la mesure où il est capable de se forger une opinion propre, ce qui correspond à la notion de discernement au sens de l'article 16 CC⁹.

4. Représentation de l'enfant

11. La représentation de l'enfant (art. 299-300 CPC ; 146 aCC)¹⁰ n'est plus limitée aux questions d'attribution de l'autorité parentale, de la garde et

⁶ TF 5A_457/2009, RSPC 2010 143.

⁷ TF 5A_402/2011, RSPC 2012 231.

⁸ L'audition d'un enfant est possible dès qu'il a atteint l'âge de six ans révolus (ATF 131 III 553, consid. 1.2.3 ; 133 III 553, consid. 3).

⁹ TF 5A_554/2014, consid. 5.1.2, RSPC 2015 46.

¹⁰ Pour des développements récents en doctrine : DIGGELMANN/ISLER, p. 143 ss ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 299 CPC N 1 ss ; PRADERVAND-KERNEN, p. 353 ss.

de relations personnelles. Elle concerne désormais également la contribution d'entretien et la participation à la prise en charge. Cet élargissement concerne donc autant les procédures matrimoniales que les procédures alimentaires fondées sur l'article 279 CC. La nouvelle mouture vise à « *sauvegarder de manière complète les intérêts de l'enfant dans la procédure qui oppose les parents et de renforcer son droit à l'entretien* »¹¹. Les articles 299 et 300 CPC sont ainsi en adéquation avec l'article 308 al. 2 CC qui prévoyait d'ores et déjà la possibilité pour l'autorité de protection de l'enfant de conférer au curateur le pouvoir de représenter un enfant dans la demande en aliment de l'article 279 CC. On notera que l'article 314a^{bis} CC, adopté dans la cadre du nouveau droit de la protection de l'enfant, prévoit également, si nécessaire, la représentation de l'enfant devant l'autorité de protection.

12. Le message retient expressément que ce représentant ne doit pas « *se substituer au juge ni enquêter sur les ressources financières des parents* »¹², le but étant de donner voix à l'enfant pour ce qui concerne ses besoins financiers. La récente jurisprudence en matière de représentation de l'enfant montre que les tâches du représentant ne sont pas illimitées, compte tenu également des maximes inquisitoire et d'office. Selon l'arrêt de principe du 17 décembre 2015, ATF 142 III 153, la représentation doit être ordonnée *lorsqu'elle est à même d'apporter au juge une aide supplémentaire efficace* pour la question de savoir si dans le cas concret le bien de l'enfant exige une réglementation ou une mesure spécifique ou s'y oppose. Ainsi, lorsqu'en cas de *curatelle* au sens de l'article 308 CC, le curateur dresse au tribunal un portrait complet, indépendant et neutre de la situation concrète (locale, domestique, scolaire, interaction entre l'enfant et ses parents respectivement sa fratrie, etc.), alors ce dernier n'aura pas besoin d'une source d'informations parallèle dans la personne d'un représentant de l'enfant¹³. Par ailleurs, la représentation diffère selon *l'âge de l'enfant* et la situation dans le cas concret¹⁴.

¹¹ Message Entretien de l'enfant, p. 567.

¹² Message Entretien de l'enfant, p. 567.

¹³ ATF 142 III 153, consid. 5.1.2.

¹⁴ ATF 142 III 153, consid. 5.2.3.

13. L'article 12 CDE ne va pas au-delà. Il garantit à l'enfant le droit d'exprimer son opinion dans le litige le concernant, mais « ne lui confère nullement le droit de prendre des conclusions propres en qualité de partie à la procédure, ni même le droit d'être représenté dans le cadre de la cause »¹⁵.
14. Quant à la *personne du représentant*, la désignation d'un avocat sera une exception. Elle se justifie lorsque des questions de droit substantiel ou de procédure se posent au premier plan, par exemple lorsque le représentant doit intervenir en procédure pour la défense des intérêts de l'enfant. Les *problèmes financiers* tomberont souvent dans ce cadre. Dans les autres cas (examen sur le terrain, audition de personnes proches, etc.), les assistants sociaux, éducateurs (avec des connaissances juridiques suffisantes) ou des pédopsychiatres (voire des juristes disposant d'une formation supplémentaire) sont plus adéquats¹⁶.
15. On notera que les articles 299, 300 et 301 CPC distinguent la contribution d'entretien de la participation à la prise en charge. Cela n'est pas forcément très heureux puisque la participation à la prise en charge de l'enfant se reflète dans la contribution d'entretien selon le système prévu aux nouveaux articles 276 al. 2 et 285 al. 2 CC.

C. Indications devant figurer dans la convention d'entretien ou dans la décision fixant les contributions d'entretien

16. Sur le modèle de l'article 282 CPC, et avant lui de l'article 143 aCC, en matière de contributions d'entretien dans le cadre du divorce, les articles 287a CC et 301a CPC exigent que la convention d'entretien ou la décision qui fixe les contributions d'entretien contienne diverses indications en vue de faciliter un examen ultérieur de la situation par le juge saisi d'une requête en modification¹⁷.

¹⁵ TF 5A_744/2013, RSPC 2014 213.

¹⁶ TF 5A_52/2015 du 17 décembre 2015, consid. 5.4.3.1, non reproduit à l'ATF 142 III 153.

¹⁷ Voir TF 5C.258/2004 du 28 février 2005, consid. 1 *in fine*; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 282 CPC N 3.

17. Ainsi, la convention d'entretien ou la décision doit contenir :
- a) les éléments du revenu et de la fortune de chaque parent et de chaque enfant pris en compte dans le calcul ;
 - b) le montant attribué à chaque enfant ;
 - c) le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant ;
 - d) si et dans quelles mesures les contributions d'entretien doivent être adaptées aux variations du coût de la vie.
18. L'article 301a CPC n'exige pas que la décision contienne l'indication séparée des *frais de la prise en charge*. Cette mention serait utile dans la mesure où ses frais peuvent varier de manière spécifique¹⁸.
19. L'indication du *montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable* de l'enfant doit aussi permettre à l'enfant de demander ultérieurement le versement de la différence entre le montant reçu et celui nécessaire à son entretien convenable, si la situation du parent débiteur devait s'améliorer de manière « exceptionnelle » au sens du nouvel article 286a CC¹⁹. Cette indication est aussi susceptible de servir de référence pour les cantons qui décideraient de verser des avances sur les pensions alimentaires, indépendamment de la capacité contributive du débirentier jusqu'à concurrence du montant nécessaire à l'entretien convenable²⁰.
20. Lorsqu'une convention d'entretien soumise pour ratification au tribunal ne comprend pas ces éléments, le juge doit soit exiger des parties qu'elles complètent la convention, soit mentionner les éléments manquants au procès-verbal (art. 235 CPC) comme complément à la convention.
21. Alors même que l'article 301a CPC ne l'indique pas, il paraît naturel que la convention, qui doit être approuvée (art. 286a al. 1 CC), figure dans le dispositif de la décision, comme le prévoit l'article 279 al. 2 CPC pour les conventions sur les effets accessoires du divorce. L'intégration peut se faire par le renvoi à une copie annexée à la décision de divorce ou par la mention dans le dispositif de la date de la convention et du nombre de

¹⁸ Voir SPYCHER, p. 8 s.

¹⁹ Message Entretien de l'enfant, p. 540.

²⁰ Message Entretien de l'enfant, p. 540.

pages²¹. L'essentiel de la convention pourrait également être mentionné dans la décision, le renvoi se faisant pour le surplus.

22. Lorsque la décision qui fixe les contributions d'entretien n'indique pas les points exigés à l'article 301a CPC, elle peut être attaquée pour violation de la loi, en particulier si les contributions ne sont pas calculées séparément, lorsque la question de l'entretien convenable n'est pas abordée à tort, ou que l'indexation n'est pas évoquée²². Si la décision entre en force, elle est pleinement valable. En revanche, le travail du juge lors de la modification des mesures s'en voit compliqué.
23. Si le tribunal décide de communiquer la décision aux parties *sans motivation écrite* (art. 239 al. 1 CPC), il doit prendre garde de faire figurer dans le dispositif de la décision non seulement le montant attribué à chaque enfant et si, et dans quelle mesure, les contributions d'entretien doivent être adaptées aux variations du coût de la vie, mais également les éléments du revenu et de la fortune de chaque parent et de chaque enfant pris en compte dans son calcul et le montant nécessaire pour assumer l'entretien convenable de chaque enfant.

D. Demande d'aliments et action en paternité

1. Compétence

24. La modification du 20 mars 2015 complète l'article 304 CPC par un alinéa 2 selon lequel « *le tribunal compétent pour statuer sur la demande d'aliments se prononce également sur l'autorité parentale et sur les autres points concernant le sort des enfants* », qui avait été proposé par la commission des affaires juridiques du Conseil national lors des débats devant les Chambres²³. Cette règle, qui trouve son pendant dans les nouveaux articles 298b al. 3 et 298d al. 3 CC, en lien avec la compétence de l'autorité de protection de l'enfant en matière d'autorité parentale, permet une attraction de compétence en faveur du juge civil lorsque tant le sort de l'enfant que la question de son entretien est débattue. Actuellement, en dehors des procédures matrimoniales, l'ensemble des

²¹ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 279 CPC N 48, et les réf.

²² Voir CPra Matrimonial-BOHNET, art. 282 CPC N 34 sur les moyens de droit.

²³ BO CN 2014 N 1246.

questions concernant l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles avec l'autre parent et la protection de l'enfant relève de l'autorité de protection de l'enfant, seul son entretien entrant dans le champ d'application des articles 295 ss CPC.

25. Si des parents non mariés se partagent la garde de l'enfant et que, suite à des difficultés, l'un des parents souhaite obtenir la garde exclusive, le juge civil sera compétent dans la mesure où une modification de l'entretien est également demandée. Apparemment, si le parent ne demande que la modification de la garde et des relations personnelles, l'autorité de protection est compétente, alors même que la question de l'entretien devrait faire à un moment ou un autre l'objet d'un examen d'office.
26. Cependant cette nouvelle disposition *ne touche pas les mesures de protection de l'enfant* (art. 307 ss CPC), qui demeurent dans tous les cas de la compétence de l'autorité de protection de l'enfant. Un pendant, pour les enfants de parents non mariés, de l'article 315a CC pour les parents mariés, n'existe pas.

2. Conciliation préalable

27. Les procédures portant sur l'entretien doivent être précédées d'une *tentative de conciliation* au sens de l'article 197 CPC. Cependant, les Chambres, sur proposition de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats²⁴, ont choisi de compléter la liste des exceptions à la procédure de conciliation en y ajoutant une lettre b^{bis} selon laquelle la conciliation n'a pas lieu « dans les actions concernant la contribution d'entretien et le sort des enfants lorsqu'un parent s'est adressé à l'autorité de protection de l'enfant avant l'introduction de l'action (art. 298b et 298d CC) ». Le but de cette exception est d'éviter une multiplication des démarches au moment d'entamer une procédure portant sur l'entretien. Si un parent saisit l'autorité de protection de l'enfant dans l'espoir de trouver une solution transigée sur le tout devant cette autorité, imposer encore une conciliation séparée devant une autorité spécifique avant la

²⁴ BO CE 2014 N 1126 ; BO CN 2015 N 86-87. Voir sur ce thème, STOUDMANN, p. 288.

saisine du tribunal civil semblait exagéré, ce d'autant que le juge peut tenter la conciliation en tout temps (art. 124 al. 3 CPC).

III. Autres dispositions de procédure

A. Droit de refus de collaborer des conseillers conjugaux ou familiaux

28. Alors que l'article 139 al. 3 aCC prévoyait que « les personnes qui sont intervenues auprès des conjoints en qualité de conseillers conjugaux ou familiaux ou de médiateurs en matière familiale n'ont pas qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements », l'article 166 al. 1 CPC en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 ne mentionne plus les conseillers conjugaux ou familiaux. La modification du 20 mars 2015 comble ce vide. En effet, il n'est de loin pas évident que ces deux catégories de personnes puissent, en l'état actuel, se prévaloir en toutes hypothèses de l'article 166 al. 2 CPC qui prévoit que « les titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité », en invoquant l'article 35 LPD²⁵.

B. Frais de la médiation

29. Dès le 1^{er} janvier 2017, une médiation peut être gratuite dans les affaires concernant le droit des enfants, que celles-ci soient patrimoniales ou non patrimoniales. Cette nouvelle règle permet d'approcher de manière globale les difficultés qui peuvent intervenir dans les affaires concernant le droit des enfants. Comme le relève le Message²⁶, les questions patrimoniales sont souvent indissociablement liées au litige concernant l'attribution de la garde et l'exercice des relations personnelles.
30. Il faut cependant rappeler qu'une médiation n'est gratuite que dans la mesure où les parties ne disposent pas des moyens nécessaires et que, cumulativement, le tribunal recommande le recours à la médiation

²⁵ Voir BK ZPO-RÜETSCHI, art. 166 N 55 ; BOHNET, Procédure civile, p. 323.

²⁶ Message Entretien de l'enfant, p. 565.

(art. 218 al. 2 let. a et b CPC). Il revient au droit cantonal de déterminer si d'autres cas de dispenses de frais doivent être retenus (art. 218 al. 3 CPC)²⁷.

IV. Mise en œuvre du nouveau droit

A. Procédures en cours au 1^{er} janvier 2017

31. Les *nouvelles dispositions de procédure* sont immédiatement applicables aux procès en cours (art. 407b al. 1 CPC). Cela signifie par exemple qu'un représentant pourrait désormais être chargé également des questions concernant la contribution d'entretien. Cela signifie également que la décision devra contenir les indications prévues à l'article 301a CPC.
32. Concernant les *compétences respectives du tribunal et de l'autorité de protection de l'enfant*, si une procédure portant sur l'entretien est en cours parallèlement à une procédure concernant l'autorité parentale ou la garde, l'ensemble du dossier doit être transmis au tribunal, en vertu de l'article 304 al. 2 CPC.
33. Sur le *fond*, l'article 13c^{bis} al. 1 Tit. fin. CC prévoit que les procédures en cours à l'entrée vigueur de la modification du 20 mars 2015 sont soumises au nouveau droit. Afin de permettre aux parties d'adapter leurs prétentions, l'article 407b al. 2 CPC retient expressément que « les parties peuvent présenter de nouvelles conclusions sur les questions touchées par la modification du droit applicable ». Ainsi, l'enfant pourra prétendre le cas échéant à la fixation d'une contribution d'entretien en prenant en compte les frais de sa prise en charge (art. 276 al. 2 et 285 al. 2 CC).
34. La question qui se pose est celle du *moment ultime* pour la présentation de nouvelles conclusions au sens de l'article 407b al. 2 CPC. Comme la deuxième partie de cette disposition indique que « les points du jugement qui ne font pas l'objet d'un recours sont définitifs, pour autant qu'ils n'aient pas de lien matériel si étroit avec des questions encore ouvertes qu'une appréciation globale se justifie », on doit partir de l'idée que ces nouvelles conclusions pourront être prises tant en première instance que dans une procédure d'appel, voire de recours.

²⁷ C'est par exemple le cas de Fribourg (art. 127 LJ) et du Jura (art. 11 LiCPC).

35. Comme la question de l'entretien relève des maximes inquisitoires et d'office (art. 296 CPC), les parties ont de toute manière la possibilité, en première instance, d'invoquer des faits et des moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC) et de modifier la demande sur cette base (art. 230 CPC). Logiquement, les nouvelles conclusions devraient donc pouvoir être présentées plus tard encore en première instance, à notre avis, *tant que le prononcé n'a pas été rendu*. Si l'on se trouve en appel, voire devant l'instance de recours lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit, la modification doit aussi pouvoir intervenir jusqu'au prononcé.
36. La partie intéressée doit-elle modifier ses conclusions *sans retard* dès l'entrée en vigueur du nouveau droit ? On pourrait le retenir par souci de cohérence, afin que l'article 407b CPC s'inscrive dans le système général. L'article 317 al. 1 let. a CPC l'impose par exemple pour les faits nouveaux en appel. Le but est en effet de permettre aux parties de disposer d'une « fenêtre » pour se prévaloir du nouveau droit et non pas de leur offrir la possibilité d'étendre sans limites temporelles le cadre procédural. Les maximes d'office et inquisitoire s'appliquant pour l'entretien de l'enfant, il serait de toute manière raisonnable que le tribunal rende les parties attentives au nouveau cadre juridique et à la possibilité de modifier les conclusions.
37. Devant le Tribunal fédéral, la règle de l'article 13c^{bis} al. 2 Tit. fin. CC est la suivante : « *Le Tribunal fédéral applique l'ancien droit lorsque la décision attaquée a été prononcée avant l'entrée en vigueur de la modification du 20 mars 2015 ; il en va de même en cas de renvoi à l'autorité cantonale* ». Le moment du prononcé est la date de l'arrêt, et non sa communication au sens de l'article 405 CPC, que la jurisprudence considère correspondre à la date d'expédition du dispositif de la décision²⁸. Ainsi, toute décision rendue par le tribunal cantonal supérieur avant le 1^{er} janvier 2017 demeure soumise à l'ancien droit lors de son examen par le Tribunal fédéral. Si la décision est postérieure, le Tribunal fédéral applique le nouveau droit, dans le cadre des conclusions des parties. Comme indiqué aux paragraphes précédents, cela signifie que les parties, faute de prononcé

²⁸ ATF 137 III 130, RSPC 2011 224.

du tribunal cantonal supérieur avant le 1^{er} janvier 2017, devraient le cas échéant modifier leurs conclusions devant l'instance cantonale.

B. Modification des contributions d'entretien

38. L'article 13c Tit. fin. CC dispose que « *les contributions d'entretien destinées à l'enfant qui ont été fixées dans une convention d'entretien approuvée ou dans une décision antérieure à l'entrée en vigueur de la modification du 20 mars 2015 sont modifiées à la demande de l'enfant. Lorsqu'elles ont été fixées en même temps que les contributions d'entretien dues au parent, les contributions d'entretien dues à l'enfant peuvent être modifiées seulement si la situation change notablement* »²⁹.
39. Lorsque la contribution d'entretien est due à un enfant de parents non mariés, fondée sur l'article 279 CC ou 287 CC, la procédure applicable est la *procédure simplifiée* (art. 295 CPC), avec préalable de conciliation, à moins que l'article 198 let. b^{bis} soit applicable. A notre avis, cela vaut tant pour l'enfant mineur que majeur³⁰. Les maximes inquisitoire et d'office s'appliquent (art. 296 al. 1 et 3 CPC).
40. Si le conjoint n'a pas reçu de contribution d'entretien en sa faveur, il nous paraît³¹ que la modification peut intervenir sans condition supplémentaire, en mesures protectrices, en procédure de modification de jugement de divorce, ou, pour l'enfant majeur, dans une procédure indépendante au sens de l'article 286 al. 2 CC³², puisque les frais de la prise en charge de l'enfant n'ont pas été pris en compte (comp. art. 125 al. 2 ch. 6 CC en procédure de divorce).
41. Quand la contribution d'entretien a été fixée en même temps que la contribution pour le conjoint ou l'ex-conjoint, la condition du *changement notable de situation* pourrait par exemple être remplie lorsque l'enfant change de lieu de vie³³.

²⁹ Pour une critique, voir STOUDMANN, p. 289.

³⁰ Dans ce sens : TF 5A_155/2013 du 17 avril 2013, consid. 2.4, mais la question est controversée au vu de l'ATF 139 III 328.

³¹ Le Message Entretien de l'enfant, p. 570 ne semble pas l'admettre.

³² ATF 139 III 401, consid. 3.2.2, et le commentaire d'OLIVIER GUILLOD in Newsletter DroitMatrimonial.ch, novembre 2013. La jurisprudence précédente était peu claire, voir TF 5A_785/2010, du 30 juin 2011, dans une affaire neuchâteloise.

³³ Pour des développements, voir SPYCHER, p. 11 s.

C. Aide au recouvrement

42. Les nouveaux articles 131 al. 2 et 290 al. 2 CC prévoient que le Conseil fédéral est chargé de définir les prestations d'aide au recouvrement par voie d'ordonnance. Le but est de parvenir à une harmonisation des mesures, qui sont très disparates à l'heure actuelle. Comme le relève le message, « *le Conseil fédéral définira dans une ordonnance une liste de prestations uniformes et contraignantes à l'intention des offices chargés du recouvrement. Il tiendra compte à cet effet des pratiques des cantons et des prestations prévues dans les conventions internationales* »³⁴.
43. L'aide au recouvrement, *gratuite* pour les enfants (art. 290 al. 1 CC), y compris désormais pour l'enfant majeur³⁵, ne l'est qu'en règle générale pour le conjoint (art. 131 al. 1 CC). Le Conseil fédéral a renoncé à modifier la loi sur ce point³⁶.
44. L'*avance sur contribution* continue de relever du droit public cantonal (nouvel art. 131a et art. 293 al. 2 CC).
45. L'article 176a CC prévoit expressément que les dispositions sur l'aide au recouvrement et aux avances sur contributions valent également au stade des *mesures protectrices*³⁷.

D. Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance

46. Afin de garantir le paiement des contributions d'entretien en cas de départ du débiteur à l'étranger ou de prise d'une activité indépendante, le nouvel article 40 al. 1 LPP adopté lors de la révision du 20 mars 2015 prévoit que « *L'office spécialisé désigné par le droit cantonal en vertu des articles 131, al. 1, et 290 du Code civil peut annoncer à l'institution de prévoyance l'assuré qui est en retard d'au moins quatre mensualités dans le paiement des contributions d'entretien qu'il doit verser régulièrement* ». Une fois l'annonce faite,

³⁴ Message Entretien de l'enfant, p. 563.

³⁵ L'art. 290 al. 1 CC faisait référence selon l'ancien texte à « l'autre parent qui le demande » et dans la nouvelle mouture à « l'enfant ou l'autre parent qui le demande ».

³⁶ Message Entretien de l'enfant, p. 563 : « *les cantons continueront de décider dans quels cas on renoncera à la gratuité de l'aide au recouvrement pour les époux* ».

³⁷ Message Entretien de l'enfant, p. 564.

les institutions de prévoyance devront communiquer sans délai à l'office spécialisé l'arrivée à échéance des prétentions des assurés qui lui ont été annoncés :

- a. le versement de la prestation en capital, lorsque le montant atteint 1000 francs au moins ;
 - b. le paiement en espèces au sens de l'article 5 LFLP, lorsque le montant atteint 1000 francs au moins ;
 - c. le versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement.
47. L'institution de prévoyance ne pourra ensuite effectuer un versement au sens de l'al. 3 qu'au plus tôt 30 jours après notification à l'office spécialisé. Dans l'intervalle, les mesures utiles, en particulier une requête de sûretés au sens de l'article 292 CC, auront pu être prises.
48. Autant dire qu'en cas de retard dans les paiements des contributions, le créancier a tout intérêt à s'annoncer dans tous les cas à l'office de recouvrement cantonal, même s'il veut effectuer les démarches lui-même, le mécanisme décrit ci-avant supposant l'intervention dudit office.

E. Suspension du délai de prescription

49. Selon l'article 134 al. 1 ch. 1 CO, la prescription ne court point à l'égard des créances des enfants contre leurs père et mère, tant que dure l'autorité parentale. Le nouvel article 134 al. 1 ch. 1 CO vise à supprimer les lacunes de la loi en protégeant de la même manière l'enfant de parents ayant divorcé, qui ne sont pas mariés ensemble, ou auxquels l'autorité parentale a été retirée³⁸. Dès le 1^{er} janvier 2017, cette disposition exclut donc la prescription à l'égard des créances des enfants contre leurs père et mère, jusqu'à la majorité des enfants.

³⁸ Message Entretien de l'enfant, p. 532 s.

V. Bibliographie

BK ZPO-[AUTEUR] : GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVAREZ CIPRIANO et al., Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. I : Art. 1–149 ZPO, vol. II : Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Berne 2013

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014

CPra Matrimonial-[AUTEUR] : BOHNET FRANÇOIS/GUILLOD OLIVIER (édit.), Commentaire pratique de droit matrimonial, Bâle 2015

DIGGELMANN PETER/ISLER MARTINA, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, RSJ 2015, p. 141-149

PRADERVAND-KERNEN MARYSE, La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières, FamPra 2016, p. 339-368

SPYCHER ANNETTE, Kindesunterhalt : rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen : heute und demnächst, FamPra 2016, p. 1-34

STOUDMANN PATRICK, Projet de modification du droit de l'entretien de l'enfant : le point de vue d'un juge de première instance, Revue de la protection des mineurs et des adultes 2014, p. 279-290

Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce

par

Anne-Sylvie Dupont*

Professeure aux Universités de Neuchâtel et Genève,
avocate spécialiste FSA responsabilité civile et assurances

I. Introduction	49
II. Les nouvelles règles de partage	52
A. Le principe du partage des prétentions de la prévoyance professionnelle	53
B. Les modalités du partage	55
1. L'introduction de la procédure de divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance.....	56
a) <i>Le calcul des prestations de sortie</i>	56
b) <i>L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle</i>	58
2. L'introduction de la procédure de divorce après la survenance d'un cas de prévoyance	59
a) <i>Quelques précisions sous l'angle asséculoologique</i>	60
b) <i>Le partage en cas de droit à une rente d'invalidé avant l'âge réglementaire de la retraite</i>	62
i) Le calcul de la prestation de sortie hypothétique à partager	64
ii) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle	65
iii) Lorsque la rente n'est pas versée ou est réduite en raison d'un cas de surindemnisation.....	67

* L'auteure remercie Mme Délia Girod, MLaw, avocate, assistante-doctorante à la Faculté de droit de Genève, pour sa relecture attentive du manuscrit.

c) <i>Le partage en cas de droit à des prestations après l'âge réglementaire de la retraite</i>	68
i) Les principes régissant le partage de la rente.....	69
ii) La conversion en rente viagère.....	72
iii) Les modalités du versement de la rente.....	73
iv) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle.....	76
C. Les dérogations aux règles sur le partage.....	77
1. Les dérogations conventionnelles.....	78
2. Les dérogations judiciaires.....	79
a) <i>Le refus partiel ou total du partage</i>	79
b) <i>L'attribution de plus de la moitié de la prestation de sortie</i>	82
3. Une articulation illogique ?.....	83
D. L'exécution du partage.....	84
1. La compensation préalable des créances.....	85
2. Le paiement au conjoint créancier.....	86
a) <i>Selon la nature de la prestation qui doit être versée</i>	86
b) <i>Selon la situation du conjoint créancier</i>	87
3. Lorsque l'exécution ne peut raisonnablement être exigée.....	89
4. Lorsque l'exécution est impossible.....	90
a) <i>En général</i>	91
b) <i>Le droit aux prestations pour survivant</i>	92
c) <i>Le cas particulier des avoirs de prévoyance à l'étranger</i>	95
III. Quelques questions particulières.....	97
A. Le droit transitoire.....	98
B. Le cas de prévoyance survenant en cours d'instance.....	100
C. Le parallélisme entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire.....	101
D. Les inégalités de traitement des enfants.....	103
IV. Conclusion.....	105

I. Introduction

1. Depuis l'entrée en vigueur du « nouveau » droit du divorce, le 1^{er} janvier 2000¹, les époux qui divorcent ont droit, chacun, à la moitié de la prestation de sortie acquise par son conjoint dans le cadre de sa prévoyance professionnelle (deuxième pilier), indépendamment du régime matrimonial auquel ils sont soumis et, en principe, de l'existence d'une obligation d'entretien après divorce. Ce régime, prévu par l'article 122 aCC², n'était plus applicable lorsque le divorce intervenait après la survenance d'un cas de prévoyance (invalidité ou retraite³). Dans cette hypothèse, une indemnité équitable était due⁴, dont le montant et les modalités de paiement étaient variables et dépendaient de la situation concrète des époux⁵.
2. Il y a quinze ans, ce que l'on appellera désormais l'ancien droit représentait une avancée certaine en direction d'une plus grande égalité des conjoints, l'organisation majoritaire des familles voyant un conjoint (l'homme, en règle générale) travailler à temps plein pendant que l'autre (la femme, en principe) diminuait son taux d'activité, voire cessait toute activité pour se consacrer au foyer, avec les répercussions que cela suppose sur sa prévoyance professionnelle. Le régime des articles 122 à 124 aCC a pourtant rapidement posé un certain nombre de questions difficiles à résoudre en pratique⁶, et montré quelques limites.

¹ RO 1999 1118 ; FF 1996 I 1.

² L'abréviation « aCC » fait référence au Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210), dans sa teneur au 31 décembre 2016.

³ Dans le cadre de cette contribution, la retraite est définie comme le fait d'avoir atteint l'âge réglementaire donnant droit à des prestations de vieillesse (âge réglementaire de la retraite).

⁴ Art. 124 al. 1 aCC.

⁵ L'indemnité équitable n'est ainsi pas forcément payée par les moyens de la prévoyance professionnelle, mais peut l'être par la fortune personnelle de l'époux débiteur, ou prendre la forme d'une rente viagère.

⁶ Ces difficultés sont relatées dans le Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce), du 29 mai 2103 (FF 2013 4341 ss), p. 4345 ss.

3. Parmi les difficultés régulièrement dénoncées, mentionnons notamment la tentation, pour le conjoint bénéficiaire du partage⁷, de retarder ou de faire durer la procédure de divorce afin d'accroître la part lui revenant⁸, ou encore le risque, pour le conjoint créancier d'une indemnité équitable au sens de l'article 124 aCC, de ne pas en obtenir le paiement complet, en particulier lorsqu'une rente viagère lui a été attribuée et que le conjoint débiteur décède peu de temps après le divorce. Les difficultés présentées par les situations présentant un élément d'extranéité, notamment lorsque des avoirs de prévoyance sont détenus à l'étranger par des conjoints divorçant en Suisse ont également été souvent mises en avant.
4. Certaines de ces difficultés et critiques ont été relayées au niveau politique⁹. En 2005 déjà, la Commission des affaires juridiques du Conseil national demandait au Conseil fédéral, par le biais d'une motion qui sera acceptée¹⁰, d'examiner la nécessité de procéder à des modifications législatives s'agissant du partage de la prévoyance après divorce. En 2008, une autre motion¹¹ pointait les conséquences en cas de divorce de la possibilité, pour un assuré, de retirer en capital sans le consentement de son conjoint les avoirs de prévoyance détenus dans le cadre de comptes ou de polices de libre passage¹², et de soustraire ainsi tout ou partie de ses avoirs de prévoyance au partage

⁷ On parlera dans cette contribution de « conjoint créancier », le « conjoint débiteur » étant celui qui doit céder une part de sa prévoyance.

⁸ Sous l'ancien droit, c'est le moment de l'entrée en force du jugement de divorce qui était déterminant pour calculer les prestations de sortie à partager (cf. art. 122 aCC. Cf. également CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 122 CC N 19).

⁹ Cf. également GEISER THOMAS, *Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge*, PJA 10/24(2015), p. 1371-1386, p. 1374 ss.

¹⁰ M 05.3713 Commission des affaires juridiques CN.

¹¹ M 08.3821 Amacker-Amann Kathrin (PDC/CN). Cette motion a été adoptée par les deux Conseils.

¹² Cf. art. 16 aOLP (l'abréviation « aOLP » fait référence à l'ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [RS 831.425] dans sa teneur au 31 décembre 2016). Les comptes et les polices de libre passage sont des autres formes reconnues de prévoyance au sens de l'art. 1 de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP3 ; RS 831.461.3).

en cas de divorce. La même année, une troisième motion¹³ dénonçait la pratique des institutions de prévoyance tendant à prélever autant que possible le montant à transférer sur la part obligatoire de la prévoyance du conjoint débiteur, et à la reverser à la part surobligatoire de la prévoyance du conjoint créancier¹⁴, celle-ci étant souvent moins bien rémunérée¹⁵ et donnant droit à des prestations moins élevées¹⁶ que la prévoyance obligatoire, avec les désavantages que cela suppose pour le conjoint créancier.

5. En mai 2013, le Conseil fédéral a soumis un projet de modification du Code civil¹⁷, au terme de son Message concernant la révision du Code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce)¹⁸. Après les délibérations parlementaires, un texte légèrement modifié¹⁹ a été proposé par le Conseil fédéral. Le délai référendaire²⁰ n'ayant pas été utilisé, l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015 a été fixée au 1^{er} janvier 2017.
6. L'objet de la présente contribution est de présenter les règles applicables au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce depuis cette date²¹ (II et III), et de discuter certaines questions

¹³ M 08.3956 Humbel Ruth (PDC/CN). Cette motion a également été adoptée par les deux Conseils.

¹⁴ La part obligatoire de la prévoyance est celle qui découle de l'application des règles minimales prévues par la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle (LPP ; RS 831.40), la part surobligatoire devant être comprise, dans le contexte qui nous occupe, comme toute part de prévoyance dépassant le minimum prévu dans le cadre de la LPP.

¹⁵ Parce que le taux d'intérêt peut être inférieur dans la prévoyance surobligatoire à celui qui est imposé légalement dans le cadre de la prévoyance obligatoire.

¹⁶ Par exemple parce que le taux de conversion permettant la « transformation » de l'avoir de vieillesse en rente est plus bas que celui qui est prévu par la LPP (6,8 % ; cf. art. 14 al. 2 LPP). Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4349, n. 20 et 21.

¹⁷ FF 2013 4409 ss.

¹⁸ FF 2013 4341 ss.

¹⁹ FF 2015 4437 ss (Code civil suisse [Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce]. Modification du 19 juin 2015).

²⁰ Au 8 octobre 2015.

²¹ Sur les questions de droit transitoire, cf. N 133 ss.

que cette révision soulève, sans ne pouvoir à ce stade faire mieux que d'esquisser des réponses ou des ébauches de solutions (IV)²².

7. Avant de ce faire, il n'est pas inutile de rappeler que cette modification n'affecte que le partage de la prévoyance professionnelle (deuxième pilier). Elle n'a donc aucune incidence sur les conséquences du divorce pour les régimes d'assurances sociales du premier pilier (principalement l'AVS et l'AI).

Dans le cadre du règlement global d'un divorce, il y a donc lieu de tenir également compte, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer les besoins des époux en termes de prévoyance, de l'impact du divorce sur les prestations du premier pilier, du fait du *splitting* principalement²³, et de la possibilité de les influencer pour l'avenir en réglant l'attribution des bonifications pour tâches éducatives²⁴.

8. La révision exposée ici n'affecte pas non plus les avoirs du troisième pilier, dont le sort doit être réglé dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial²⁵.

II. Les nouvelles règles de partage

9. La nouvelle réglementation du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce fait l'objet, dans le Code civil, de huit dispositions, dont le plan peut être esquissé de la manière suivante :

²² Nous ne traiterons pas, dans le cadre de cette contribution, des obligations ou de la réorganisation que la nouvelle réglementation impose aux institutions de prévoyance.

²³ Cf. art. 29^{quinquies} al. 3 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10). Sur cette question, cf. CPra Matrimonial-DUPONT, Annexe II N 50 ss.

²⁴ Cf. art. 29^{sexies} LAVS et 52^{bis} du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS ; RS 831.101). Sur cette question, cf. DUPONT ANNE-SYLVIE, Divorce et premier pilier : l'enjeu des bonifications pour tâches éducatives, RSAS 5/59(2015), p. 393-405.

²⁵ CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 122 CC N 9.

- l'article 122 CC²⁶ pose le principe du partage des prétentions de la prévoyance professionnelle acquises durant le mariage (A) ;
 - les articles 123, 124 et 124a CC indiquent les modalités du partage et le calcul des montants à partager, en distinguant trois situations différentes qui seront reprises ci-dessous²⁷ (B) ;
 - l'article 124b CC prévoit la possibilité de déroger aux règles de partage (C), tant sur le principe (art. 122 CC) en renonçant au partage, que sur les modalités (art. 123 à 124 CC²⁸) ;
 - les articles 124c à 124e CC décrivent l'exécution concrète du partage (D), l'article 124c proposant de la simplifier par la compensation préalable des créances réciproques ; les articles 124d et 124e prévoient deux exceptions, respectivement lorsque l'exécution du partage au moyen des avoirs de la prévoyance professionnelle ne peut être raisonnablement exigée (art. 124d CC) et lorsqu'elle s'avère impossible (art. 124e CC).
10. Nous avons tenté, autant que possible, de conserver cette structure dans la présente contribution. Néanmoins, la clarté de l'exposé commandait parfois que certains points spécifiques en lien avec l'exécution du partage soient déjà abordés au moment de traiter de ses modalités, en suivant le contenu des dispositions légales.

A. Le principe du partage des prétentions de la prévoyance professionnelle

11. A la lecture du nouvel article 122 CC, on se sent a priori en terrain connu. Cette disposition indique, *à titre de principe général*, que « les prétentions de la prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux ».

²⁶ L'abréviation « CC » fait référence au Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210), dans sa teneur au 1^{er} janvier 2017.

²⁷ Cf. N 16 ss.

²⁸ L'art. 124a CC prévoit ses propres possibilités de tenir compte de situations exceptionnelles (cf. N 80 ss).

12. Outre le fait que la nouvelle disposition ne fait plus référence à la quotité du partage, elle diverge encore de l'ancienne version de l'article 122 CC sur deux points essentiels :
13. – premièrement, la « durée du mariage » mentionnée à l'article 122 aCC, qui permettait de tenir compte des prestations de sortie acquises jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce²⁹. Les avoirs à partager sont aujourd'hui limités par le nouvel article 122 CC à ceux qui ont été acquis jusqu'au jour de l'introduction de la procédure de divorce. L'objectif du législateur n'était pas tant d'empêcher les procédés dilatoires de certains conjoints bénéficiaires du partage³⁰, que de permettre aux parties et au juge de disposer d'une date fixe et connue pour procéder au calcul. Sous l'ancien droit, il n'existait aucune certitude à cet égard dès lors que la date de l'entrée en force d'un jugement de divorce est par nature hautement aléatoire³¹.

Désormais, la date déterminante pour le partage de la prévoyance est la même que celle à laquelle on se réfère la liquidation du régime matrimonial et, partant, d'un éventuel troisième pilier. En revanche, dans le premier pilier, on continuera de procéder au *splitting* jusqu'à la dissolution du mariage, soit jusqu'à la date de l'entrée en force du jugement de divorce³².

14. La nouvelle législation n'interdit à notre sens pas aux époux de *retenir conventionnellement une autre date* – antérieure ou postérieure à celle de l'introduction de la procédure – pour effectuer le calcul des prétentions à partager. Dans la mesure où la loi leur reconnaît la faculté de déroger au principe du partage par moitié, voire de renoncer au partage³³, il doit également leur être loisible de jouer avec la période concernée.

On peut imaginer, par exemple, que dans le cadre d'une transaction, un conjoint accepte de se contenter de 40 % des prétentions de prévoyance

²⁹ Cf. n. 8.

³⁰ Cf. N 3.

³¹ En pratique, cela conduisait souvent les époux à s'entendre sur une date jusqu'à laquelle la prestation de sortie était prise en considération dans leur calcul.

³² Cf. art. 29^{quinquies} al. 3 let. c LAVS, dont la modification n'est pas prévue dans le cadre de la révision du Code civil du 19 juin 2015. Cf. GEISER (n. 9), p. 1377.

³³ Art. 124b al. 1 CC. Cf. N 74 ss, en particulier N 85.

acquises par l'autre, à condition que l'on tienne aussi compte des trois années qui se sont écoulées depuis l'ouverture d'action.

15. *A défaut d'accord entre les parties*³⁴, c'est la date de l'introduction de la procédure de divorce par le dépôt d'une requête commune ou d'une demande unilatérale³⁵ qui fait foi³⁶. La séparation, de fait ou judiciaire, pas plus que la séparation de corps au sens des articles 117 et 118 CC, ne sont des moments pertinents³⁷ ;
16. – deuxièmement, l'article 122 CC pose le principe du partage des « prétentions de prévoyance professionnelle », alors que l'ancienne disposition traitait du « partage des prestations de sortie ». Cette différence n'est pas uniquement sémantique : elle annonce le changement de conception s'agissant du partage après la survenance d'un cas de prévoyance. Dans l'esprit de l'ancien droit, seules les expectatives à l'égard de la prévoyance professionnelle pouvaient être partagées, la survenance d'un cas de prévoyance chez l'un des conjoints rendant le partage impossible. Désormais, ce ne sont plus uniquement les prestations de sortie qui feront l'objet du partage, mais aussi les rentes en cours et les avoirs de libre passage³⁸ détenus par l'un ou l'autre des conjoints³⁹.

B. Les modalités du partage

17. Traitées aux articles 123 à 124a CC, les modalités du partage de la prévoyance sont différentes selon qu'à la date déterminante, soit au moment de l'introduction de la procédure de divorce, l'un des

³⁴ Sur la question de savoir si le juge, d'office, peut retenir une autre date, cf. N 81 et n. 177.

³⁵ Cf. art. 62 du Code de procédure civile du 10 septembre 2008 (CPC ; RS 272). Pour mémoire, il n'y a pas de procédure de conciliation préalable en matière de divorce (art. 198 let. c CPC).

³⁶ FF 2013 4341 ss, p. 4347.

³⁷ FF 2013 4341 ss, p. 4347.

³⁸ Les avoirs de libre passage sont les fonds issus de la prévoyance et déposés sur les comptes ou des polices de libre passage au sens de l'art. 1 al. 1 OPP3.

³⁹ FF 2013 4341 ss, p. 4358.

conjoint touche (2) ou non (1) des prestations d'invalidité ou de vieillesse servies par une institution de prévoyance⁴⁰.

1. L'introduction de la procédure de divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance

18. Dans l'hypothèse envisagée en premier lieu par le législateur – vraisemblablement l'hypothèse qui se rencontrera le plus fréquemment en pratique, la procédure de divorce est introduite *sans qu'un cas de prévoyance (invalidité et/ou retraite) ne se soit réalisé chez le conjoint dont la prévoyance doit être partagée*. Ce cas de figure est prévu par l'article 123 CC, qui prescrit *le partage par moitié des prestations de sortie acquises depuis le mariage*, y compris les avoirs de libre passage⁴¹. D'un point de vue matériel, la nouvelle réglementation légale ne change rien à ce que prévalait sous l'ancienne, à quelques détails près.

a) Le calcul des prestations de sortie

19. De la même manière que sous l'ancien droit, *les prestations de sortie à partager sont calculées selon les dispositions topiques de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage*⁴², soit les articles 15 à 17 et 22 à 22b LFLP. Si ces dispositions ont été partiellement remaniées dans le cadre de la modification présentée ici, il n'y a pas de changement substantiel à relever sur le plan matériel, sous réserve de deux points spécifiques qui seront traités ci-après⁴³.

Les articles 15 à 17 LFLP, qui ne sont pas touchés par la modification du Code civil⁴⁴, contiennent les règles nécessaires à l'institution de prévoyance pour calculer la prestation de sortie. Ces règles, techniques, n'ont pas

⁴⁰ Sur la question de la survenance d'un cas de prévoyance en cours d'instance, cf. N 138 ss.

⁴¹ Pour une définition de cette notion, cf. n. 38.

⁴² LFLP (RS 831.42) (l'abréviation « LFLP » fait référence au texte en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017, l'abréviation « aLFLP » fait référence au texte en vigueur au 31 décembre 2016). Cf. art. 123 al. 3 CC.

⁴³ Cf. N 21 et N 22.

⁴⁴ Sous réserve du titre précédent l'art. 15 LFLP (section 4), qui est désormais « Calcul de la prestation de sortie et droit à des fonds libres »).

nécessairement à être connues des époux, ni du juge du divorce, qui se fieront aux informations fournies par les institutions de prévoyance concernant le montant de la prestation de sortie acquis pendant la durée du mariage.

L'ancien article 22 LFLP fait désormais l'objet de deux dispositions distinctes. La première (l'actuel article 22 LFLP) répète le principe du partage des prestations de sortie et des parts de rente conformément aux règles du Code civil. La seconde (l'actuel article 22a LFLP) en précise les modalités et les adapte au nouveau droit.

Le nouvel article 22b LFLP correspond pratiquement en tous points⁴⁵ à l'ancien article 22a LFLP et a pour objet le calcul de la prestation de sortie dans l'hypothèse où le mariage des époux a été conclu avant le 1^{er} janvier 1995, soit avant l'entrée en vigueur de la loi sur la prévoyance professionnelle. L'usage du tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur⁴⁶ reste d'actualité.

20. Le nouvel article 123 CC intègre dans la loi les solutions dégagées et/ou précisées par la jurisprudence face à deux difficultés récurrentes :
21. – premièrement, il est expressément précisé (art. 123 al. 1 CC) que *les versements anticipés à des fins d'encouragement de la propriété du logement*⁴⁷ *sont comptabilisés dans le montant des prestations de sortie à partager*, à leur valeur nominale et sans tenir compte d'intérêts puisque le capital investi dans l'immeuble n'en aura pas rapporté⁴⁸. Le traitement de ce genre de situation n'étant matériellement pas différent sous le nouveau droit, on peut s'attendre à ce que les précisions amenées par la jurisprudence soient reprises⁴⁹ ;

L'article 22a al. 3 LFLP précise que si un versement anticipé a été effectué dans le cadre de l'encouragement à la propriété, la perte d'intérêts est répartie proportionnellement entre l'avoir de prévoyance acquis avant le mariage et l'avoir de prévoyance acquis pendant la durée du mariage jusqu'au moment

⁴⁵ Pour un aperçu des quelques modifications de détail, cf. FF 2013 4341 ss, p. 4395.

⁴⁶ Ordonnance du 24 novembre 1999 du DFI concernant les tableaux de calcul de la prestation de sortie au sens de l'art. 22a de la loi sur le libre passage (RS 831.425.4).

⁴⁷ Cf. art. 30c LPP et 331e de la loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (CO ; RS 220).

⁴⁸ ATF 135 V 324 ; ATF 128 V 230, consid. 3c. Cf. également le nouvel art. 331e al. 6 CO.

⁴⁹ Notamment les précisions apportées par le Tribunal fédéral en cas de vente de l'immeuble (cf. ATF 132 V 332, consid. 4.2).

du versement⁵⁰. Cette solution diffère de celle qu'avait adoptée le Tribunal fédéral, consistant à faire peser la perte des intérêts en priorité sur la part acquise pendant la durée du mariage⁵¹.

22. – deuxièmement, le nouvel article 123 al. 2 CC exclut expressément du partage les rachats effectués par un époux au moyen de ses biens propres⁵². Cette exclusion concerne également les intérêts générés par ces rachats⁵³. Il est précisé que les rachats ne sont exclus du partage qu'à condition d'avoir été financés par des biens propres *au sens de la loi*, soit les biens énumérés comme tels à l'article 198 CC⁵⁴. L'existence d'un contrat de mariage prévoyant une autre définition des biens propres n'est pas prise en considération⁵⁵.

b) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle

23. *Les effets du partage selon l'article 122 CC sur les prestations de la prévoyance professionnelle* en cas de survenance d'un cas de prévoyance postérieur au divorce ne sont pas différents de ceux que l'on connaît aujourd'hui⁵⁶ : l'avoir de vieillesse étant, à l'issue du partage, divisé de moitié, les prestations d'invalidité, de retraite ou encore en cas de décès seront diminuées dans la même mesure si le plan de prévoyance est en primauté de cotisations⁵⁷. Elles ne seront en revanche pas

⁵⁰ La même solution s'appliquera si l'immeuble est vendu sans bénéfice (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4394). Sur les raisons de cette option du législateur, cf. N 144 ss.

⁵¹ Cf. ATF 132 V 332, consid. 4.3.2.

⁵² Cf. également l'art. 22a al. 2 LFLP.

⁵³ Art. 22a al. 2 LFLP. Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4360.

⁵⁴ Selon cette disposition, sont des biens propres de par la loi « 1. les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel ; 2. les biens qui lui appartiennent au début du régime ou qui lui échoient ensuite par succession ou à quelque autre titre gratuit ; 3. les créances en réparation d'un tort moral ; 4. les biens acquis en remploi des biens propres ».

⁵⁵ FF 2013 4341 ss, p. 4360.

⁵⁶ Pour les répercussions sur les rentes complémentaires pour les enfants, cf. N 149 ss.

⁵⁷ Comme sous l'ancien droit, le conjoint dont la prévoyance a été affectée par le partage a le droit de reconstituer sa prévoyance à concurrence du montant transféré, en effectuant des rachats (art. 22d LFLP). Cela ne vaut toutefois pas pour les

affectées si le plan de prévoyance prévoit la primauté des prestations⁵⁸.

Dans un plan en primauté de cotisations, le montant des prestations correspond à un pourcentage de l'avoir de vieillesse⁵⁹. Si ce dernier est partagé en deux dans le cadre du divorce, les prestations à intervenir seront nécessairement réduites de moitié également.

Dans un plan en primauté de prestations, le montant des prestations correspond en principe à un pourcentage du salaire coordonné au moment de la survenance de l'évènement assuré⁶⁰. Dans cette hypothèse, le partage des avoirs de prévoyance n'a généralement pas d'effet sur les prestations à intervenir⁶¹.

2. L'introduction de la procédure de divorce après la survenance d'un cas de prévoyance

24. La manière de traiter le partage de la prévoyance *lorsque les époux divorcent après la survenance d'un cas de prévoyance* est le changement le plus important prévu par la nouvelle réglementation. Alors que cette hypothèse conduisait, sous l'ancien droit, à l'impossibilité du partage des avoirs de prévoyance et au versement d'une indemnité équitable⁶², le nouveau droit prévoit désormais une réglementation ad hoc. Le traitement de ce type de situations est différent selon que l'époux concerné touche une rente d'invalidité sans avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite (b), ou bien qu'il touche une rente d'invalidité après avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite ou qu'il touche une rente de vieillesse (c).
25. Avant de présenter la manière dont la loi règle désormais ces situations, nous souhaitons apporter quelques précisions s'agissant de

transferts d'une prestation de sortie hypothétique au sens de l'art. 124 al. 1 CC (cf. art. 22d al. 2 LFLP).

⁵⁸ Sur cette question, cf. CPra Matrimonial-DUPONT, Annexe II N 99.

⁵⁹ Dans le régime de la LPP, 6,8 % (cf. art. 14 al. 1 LPP).

⁶⁰ Ce régime concerne au premier chef les risques invalidité et décès. Il arrive également, dans la fonction publique notamment, que les prestations de vieillesse soient également calculées en primauté de prestations.

⁶¹ Cf. également N 37 et n. 97.

⁶² Cf. art. 124 aCC.

la survenance des cas de prévoyance évoqués par les nouveaux articles 124 et 124a CC (a).

a) Quelques précisions sous l'angle asséculoologique

26. Il est important de rappeler en premier lieu que l'on se trouve ici *dans le contexte de la prévoyance professionnelle*. La notion de survenance d'un cas de prévoyance ne concerne donc que cette branche d'assurance. La survenance d'un risque assuré dans le cadre du premier pilier (AVS/AI) n'est pas déterminante pour fixer le régime légal applicable au partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce.

Ainsi, il se peut qu'un époux soit *au bénéfice d'une rente AI, mais ne touche pas de rente de la prévoyance professionnelle*, parce que cette dernière lui a été refusée faute de connexité matérielle ou temporelle entre la cause de l'invalidité et la cause de l'incapacité de travail ayant conduit à cette dernière. Un tel état de fait *ne constitue pas un cas de prévoyance dans le deuxième pilier*, de sorte que c'est le régime général de l'article 123 CC qui s'appliquera au partage de la prévoyance de cet époux. Le risque, dans ce genre de situations, est de voir les avoirs de prévoyance disparaître, si la prestation de sortie de l'époux rentier a été versée sur un compte ou une police de libre passage, la possibilité lui étant alors donnée, s'il touche une rente entière de l'assurance-invalidité, de se voir verser en espèces l'intégralité de son avoir⁶³. Le versement du capital n'est, dans ce cas-là, pas subordonné au consentement écrit du conjoint⁶⁴.

A l'inverse, il se peut qu'un époux partiellement invalide se soit vu *refuser le droit à une rente AI*, motif pris d'un taux d'invalidité inférieur à 40 %⁶⁵, mais qu'il ait néanmoins *droit à une rente de la prévoyance professionnelle*, le règlement de son institution de prévoyance permettant, dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, l'octroi de rentes à partir d'un taux d'invalidité de 25 % déjà. Dans une telle hypothèse, le cas de prévoyance au sens des articles 124 et 124a CC est survenu.

27. Un cas de prévoyance au sens des art. 124 et 124a CC est aussi réputé survenu *si l'époux concerné a matériellement droit à une rente du deuxième pilier*,

⁶³ Cf. art. 3 al. 2 OPP3.

⁶⁴ Cf. art. 3 al. 6 OPP3. La révision de l'OPP3 n'est pas prévue en l'état.

⁶⁵ Cf. art. 28 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20).

*mais ne la touche pas en raison d'un cas de surindemnisation*⁶⁶. Des règles prévoient expressément les modalités du partage dans ce genre de cas⁶⁷.

Des situations de ce type sont fréquentes lorsque l'invalidité découle d'un accident et que l'assurance-accidents sociale (LAA) verse une rente d'invalidité qui vient s'ajouter à la rente versée par l'AI. Dans ce cas, il n'est pas rare que le plafond de surindemnisation fixé par la prévoyance professionnelle⁶⁸ soit déjà atteint par le cumul de ces deux rentes.

28. *Dans le cadre de la prévoyance obligatoire*, les risques « invalidité » et « vieillesse » sont définis de la même manière que dans le régime de l'AVS/AI. Ainsi, l'article 23 LPP se rapporte à la notion d'invalidité telle qu'elle est définie dans l'assurance-invalidité⁶⁹, et l'article 13 LPP fixe l'âge ouvrant le droit aux prestations de vieillesse à 65 ans pour les hommes et à 64 ans pour les femmes, comme dans le régime de l'AVS⁷⁰. *Dans le cadre de la prévoyance surobligatoire*, les institutions de prévoyance sont libres de définir ces risques différemment. La prévoyance professionnelle d'un assuré est cependant considérée comme un tout : la survenance d'un risque donnant droit à des prestations sous l'angle de la seule prévoyance obligatoire⁷¹ ou de la

⁶⁶ La surindemnisation est la mesure dans laquelle le cumul de prestations sociales dépasser le gain dont l'assuré est présumé privé (cf. art. 69 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA ; RS 830.1]), respectivement le seuil fixé par la loi spéciale (cf. art. 20 al. 2 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents [LAA ; RS 832.20] et 24 al. 1 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [OPP2 ; RS 831.441.1]).

⁶⁷ Cf. N 41 ss.

⁶⁸ Soit 90 % du gain dont l'assuré est présumé avoir été privé (art. 24 al. 1 OPP2).

⁶⁹ Art. 4 LAI et art. 7 et 8 LPGA.

⁷⁰ Cf. art. 21 al. 1 LAVS.

⁷¹ Par exemple parce que le règlement de prévoyance limite ses prestations à la prévoyance obligatoire en cas de concours avec des prestations de l'assurance-accidents, ou encore parce que le droit aux prestations de la prévoyance surobligatoire est refusé à l'assuré qui a commis une réticence au moment de remplir le questionnaire de santé dans le cadre de son admission dans la prévoyance surobligatoire (cf. art. 331c CO).

seule prévoyance surobligatoire⁷² suffit pour qu'il faille envisager le partage de la prévoyance sous l'angle des articles 124 et 124a CC.

29. *L'éventualité « vieillesse » ou « retraite »* est en principe réalisée par le fait d'atteindre l'âge prescrit par la loi ou par le règlement de prévoyance. Le moment de la survenance de l'éventualité prête donc rarement à discussion. Le fait que la loi se réfère au fait de percevoir une rente implique que le cas de prévoyance doit aussi être considéré comme survenu *si l'époux concerné bénéficie d'une retraite anticipée*⁷³. En revanche, s'il a atteint l'âge qui lui permettrait de prendre une retraite anticipée, mais qu'il n'a pas fait usage de cette possibilité, le cas de prévoyance n'est pas réalisé⁷⁴.
30. *Le moment de la survenance de l'éventualité « invalidité »* peut être plus délicate à déterminer, car elle suppose, d'abord, la survenance d'une incapacité de travail qui peut conduire, au plus tôt une année après, à une invalidité donnant droit à une rente⁷⁵. *Si la procédure de divorce est introduite durant l'année qui suit le début de l'incapacité de travail*, le cas de prévoyance au sens de l'article 124 CC n'est à notre sens pas réalisé, faute pour l'assuré de percevoir effectivement une rente de son institution de prévoyance. Cette solution est conforme à la jurisprudence rendue en application de l'article 23 LPP⁷⁶.

b) Le partage en cas de droit à une rente d'invalidé avant l'âge réglementaire de la retraite

31. Si, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, *l'un des époux touche une rente d'invalidé de la prévoyance professionnelle, mais n'a pas*

⁷² Par exemple le cas mentionné ci-dessus (N 26) de la rente d'invalidé octroyée à partir d'un taux d'invalidité inférieur à 40 % déjà.

⁷³ Cf. art. 1 al. 3 LPP, 1b et 1i OPP2.

⁷⁴ ATF 130 III 297, consid. 3.3.1.

⁷⁵ Art. 23 LPP en lien avec l'art. 28 al. 1 let. b LAI.

⁷⁶ ATF 135 V 13, consid. 2.6. Cf. également DUPONT ANNE-SYLVIE, in : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, N 19 ad art. 331d, e et f CO ; DUC JEAN-LOUIS/SUBILIA OLIVIER, Commentaire du contrat individuel de travail : avec un aperçu du droit collectif et public du travail, Lausanne 1998, N 10 ad art. 331d–331f CO, p. 454.

*encore atteint l'âge réglementaire donnant droit à des prestations de vieillesse*⁷⁷, l'article 124 CC prévoit le partage – selon les modalités « classiques » de l'article 123 CC, soit un partage par moitié⁷⁸ – d'une *prestation de sortie hypothétique*, c'est-à-dire de la prestation de sortie à laquelle l'époux concerné aurait droit en cas de suppression de sa rente⁷⁹.

32. Si, au moment du mariage, l'époux en question touchait déjà une rente d'invalidé, il y a aussi lieu, selon le Conseil fédéral, « de se baser sur la prestation de sortie hypothétique au moment du mariage »⁸⁰, par quoi il faut comprendre que *seule la part de la prestation de sortie hypothétique acquise pendant la durée du mariage sera soumise au partage*.
33. La référence à la prestation de sortie hypothétique est justifiée par deux raisons, qui s'opposent à ce que l'on procède simplement au partage de la rente, comme on le fait lorsque l'assuré a atteint l'âge réglementaire de la retraite⁸¹. *Premièrement*, le droit à la rente d'invalidé peut faire l'objet d'une révision postérieurement au divorce⁸², ce qui entraînerait la nécessité de modifier aussi le partage de la rente opéré dans le cadre du divorce, solution contraire à l'objectif d'une « séparation nette et entière des intérêts des ex-conjoints »⁸³. *Deuxièmement*, le calcul d'une rente d'invalidé dans un système de primauté de cotisations, comme c'est le cas en particulier dans le cadre de la LPP, tient compte de l'avoir de vieillesse (sans les intérêts) que

⁷⁷ En principe, la rente d'invalidé versée dans la prévoyance professionnelle est une rente viagère et n'est pas automatiquement convertie en rente de vieillesse au moment où l'assuré atteint l'âge réglementaire de la retraite. C'est notamment le régime qui prévaut dans la prévoyance obligatoire (cf. art. 26 al. 3 LPP). En pratique, il est fréquent que les règlements de prévoyance prévoient le remplacement de la rente d'invalidé par une rente de vieillesse au moment où l'assuré atteint l'âge réglementaire. C'est notamment le cas lorsque le plan de prévoyance est un plan dit mixte, qui combine la primauté de prestations pour les risques décès et invalidité et la primauté de cotisations pour le risque vieillesse (sur les notions de primauté de cotisations et de primauté de prestations, cf. N 23).

⁷⁸ Cf. art. 124 al. 2 CC. Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁷⁹ Cf. art. 124 al. 1 CC.

⁸⁰ FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁸¹ Cf. N 45 ss.

⁸² Par exemple si l'état de santé de l'époux rentier s'améliore.

⁸³ FF 2013 3441 ss, p. 4361.

l'assuré aurait constitué jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite sans la survenance de l'invalidité⁸⁴. Partager la rente reviendrait à faire bénéficier le conjoint créancier d'une part de prévoyance acquise après le divorce. Exclure la part de l'avoit de vieillesse acquise après divorce « compliquerait singulièrement le calcul », raison pour laquelle l'idée du partage de la rente n'a pas été retenue dans ce cas de figure⁸⁵.

34. La solution adoptée par le Conseil fédéral présente encore l'avantage de *permettre l'unité du régime applicable au partage de la prévoyance de l'époux bénéficiaire d'une rente partielle*. Dans ce cas en effet, un partage de la rente aurait signifié de devoir appliquer un régime mixte au partage de la prévoyance, soit le partage de la rente pour une part, et le partage de la prestation de sortie pour l'autre part. La solution de l'article 124 CC permet de procéder d'un seul tenant, en additionnant la prestation de sortie acquise pour la part « active » avec la prestation de sortie hypothétique, puis de répartir le total selon le principe de l'article 123 CC⁸⁶.

i) Le calcul de la prestation de sortie hypothétique à partager

35. Le montant de la prestation de sortie hypothétique est calculé selon l'article 2 al. 1 LFLP, seule disposition, selon le Conseil fédéral, à mentionner « expressément une telle prestation de sortie, qui prend naissance après la disparition du droit à une rente d'invalidité et englobe la part surobligatoire de la prévoyance »⁸⁷. *Le calcul concret de la prestation de sortie hypothétique est du ressort de l'institution de prévoyance*, qui en fixe les modalités dans son règlement de prévoyance⁸⁸.
36. Contrairement à ce qui prévaut dans le cadre du partage selon l'article 123 CC⁸⁹, *les versements anticipés dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement* ne sont pas pris en compte pour le calcul du montant de la

⁸⁴ Cf. art. 24 al. 3 let. b LPP.

⁸⁵ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁸⁶ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁸⁷ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4361.

⁸⁸ Cf. art. 2 al. 2 LFLP. Les règles des art. 15 ss LFLP doivent être respectées (cf. art. 124 al. 2 CC).

⁸⁹ Cf. N 21.

prestation de sortie hypothétique⁹⁰. En effet, lorsqu'intervient un cas de prévoyance, le calcul des prestations (de vieillesse ou d'invalidité) versées à l'assuré ne tient pas compte du montant du versement anticipé, qui est considéré comme un paiement en espèces et, donc, « sorti » de la prévoyance. Ainsi, si l'immeuble est vendu postérieurement à la survenance du cas de prévoyance, le versement anticipé n'a plus à être remboursé⁹¹.

Sous l'angle du droit du divorce, le versement en capital doit alors être traité dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial. Le versement est en principe comptabilisé dans les acquêts⁹², sous réserve de la valeur capitalisée de la rente qui aurait appartenu au conjoint rentier au moment de la dissolution du régime, qui est comptabilisée dans les biens propres de ce dernier⁹³. Cette partie n'est en conséquence pas partagée. Il s'agit d'un cas dans lequel le partage de la prévoyance est impossible, et une indemnité équitable est due⁹⁴.

ii) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle

37. Si une part de la prestation de sortie hypothétique est transférée dans le cadre du partage de la prévoyance⁹⁵, *la rente d'invalidité est adaptée – c'est-à-dire diminuée – en conséquence*⁹⁶. Cela ne vaut toutefois que dans la mesure où le plan de prévoyance est en primauté de cotisations et que, par conséquent, l'avoir de prévoyance acquis jusqu'à la naissance du droit à la rente a une influence sur le calcul de la rente⁹⁷.

⁹⁰ Art. 30c al. 6 LPP a contrario.

⁹¹ Art. 30d al. 3 let. c LPP.

⁹² Art. 197 al. 2 ch. 2 CC.

⁹³ Art. 207 al. 2 CC.

⁹⁴ Art. 124e al. 1 CC. Pour un exemple chiffré, cf. FF 2013 4341 ss, p. 4388.

⁹⁵ Cf. N 103.

⁹⁶ Art. 24 al. 5 LPP. La réduction doit affecter la part obligatoire et la part surobligatoire de la rente dans la même proportion que celle qui a été appliquée à la part prélevée de la prestation de sortie hypothétique (cf. art. 49 al. 2 ch. 3a LPP et FF 2013 4341 ss, p. 4385 s.). Cf. également N 144 ss.

⁹⁷ Art. 19 al. 1 OPP2. Cf. également Commentaire des modifications de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2) dans le cadre de la révision du code civil relative au partage de la prévoyance professionnelle

38. La réduction de la rente d'invalidé est soumise à un *double plafond* :
- d'abord, elle est limitée à la différence entre la rente d'invalidé calculée sur la base de l'avoir de prévoyance avant divorce, et celle calculée sur la base de l'avoir de prévoyance amputé de la part transférée à l'autre conjoint ;
 - ensuite, elle est limitée, proportionnellement, par le rapport entre la part de l'avoir de prévoyance transférée à l'autre conjoint et la prestation de sortie totale⁹⁸.
39. *Le moment déterminant pour le calcul de la réduction de la rente est celui de l'introduction de la procédure de divorce*⁹⁹. Cela signifie que pendant toute la durée du divorce, le conjoint rentier continue de toucher une rente non réduite, dont il doit rembourser une partie à son institution de prévoyance une fois le jugement de divorce entré en force et une fois connue la part de la prestation de sortie transférée à l'autre conjoint. A notre sens, la dette à l'égard de l'institution de prévoyance doit être répartie par moitié entre les ex-conjoints, solution expressément prévue lorsque le droit à une rente de vieillesse naît en cours de procédure¹⁰⁰.
40. *Le remboursement de l'institution de prévoyance* ne devrait en principe pas poser de problème pratique. Si le conjoint rentier est débiteur au terme du partage, son institution de prévoyance versera à son ex-conjoint la prestation (rente ou capital) qui lui revient après avoir procédé à la réduction nécessaire. De son côté, le conjoint rentier

en cas de divorce, du 10 juin 2016 (cité Commentaire OPP2. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/44316.pdf>), p. 7, et surtout les quatre exemples présentés en pages 8 et 9. Ils démontrent que les conséquences du partage peuvent fortement varier selon le règlement de l'institution de prévoyance. Cf. N 23.

⁹⁸ L'exemple donné dans le Commentaire OPP2 (n. 97) est le suivant : si un quart de la prestation de sortie est transférée, la rente d'invalidé peut être réduite d'un quart au maximum (cf. p. 7).

⁹⁹ Art. 19 al. 3 OPP2.

¹⁰⁰ Cf. art. 22a al. 4 LFLP et 19g al. 1 de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP ; RS 831.425). Cf. également Commentaire OPP2 (n. 97), p. 18, et art. 19g al. 2 in fine OLP. Cf. également N 138 ss.

verra aussi sa rente amputée d'un certain montant¹⁰¹. *Cet élément doit en revanche impérativement être pris en considération au moment de fixer les contributions d'entretien.*

iii) Lorsque la rente n'est pas versée ou est réduite en raison d'un cas de surindemnisation

41. Nous avons évoqué ci-dessus l'hypothèse dans laquelle *le droit à une rente d'invalidé est ouvert, mais où cette dernière n'est pas versée en raison de la surindemnisation* de l'assuré¹⁰². L'article 124 al. 3 CC délègue au Conseil fédéral le soin de régler l'utilisation de la prestation de sortie hypothétique pour le partage de la prévoyance dans ce genre de situations. L'objectif est d'« éviter qu'en raison du divorce, des fonds de prévoyance plus importants que ceux auxquels la personne assurée aurait eu droit si elle n'avait pas divorcé ne lui reviennent durablement, ainsi qu'à son (ex-)conjoint (...). Par ailleurs, il faut éviter de multiplier les cas dans lesquels le partage de la prévoyance serait rendu impossible ou devrait être remplacé par le versement d'une indemnité équitable »¹⁰³.
42. Le Conseil fédéral a envisagé la situation d'une *surindemnisation découlant du concours des prestations du deuxième pilier avec des prestations de l'assurance-accidents ou de l'assurance-militaire*. Dans ces cas-là, la prestation de sortie hypothétique ne peut pas être utilisée pour le partage de la prévoyance¹⁰⁴.
43. L'hypothèse d'une surindemnisation découlant du seul *concours des prestations de l'AI et de la prévoyance professionnelle* n'est en revanche pas mentionnée, à dessein. Dans ce cas, la prestation de sortie hypothétique peut être utilisée pour le partage de la prévoyance¹⁰⁵. Il

¹⁰¹ Cf. n. 279.

¹⁰² Cf. N 27. A noter que le juge disposera des pouvoirs nécessaires pour obtenir de l'institution de prévoyance les renseignements nécessaires (art. 19k let. g OLP).

¹⁰³ FF 2013 4341 ss, p. 4363.

¹⁰⁴ Art. 25a al. 1 OPP2. Sur les conséquences pour l'exécution concrète du partage, cf. N 103.

¹⁰⁵ Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 13.

en va de même lorsque la surindemnisation provient d'autres causes, par exemple parce que l'assuré réalise un revenu professionnel¹⁰⁶.

44. Ce n'est qu'en présence d'une *surindemnisation durable* que la prestation de sortie hypothétique ne peut être utilisée pour le partage de la prévoyance. Si la surindemnisation découle que de ce que des rentes complémentaires pour enfant sont versées en sus de la rente d'invalidé¹⁰⁷, la prestation de sortie hypothétique peut malgré tout être utilisée pour le partage.

c) Le partage en cas de droit à des prestations après l'âge réglementaire de la retraite

45. L'article 124a CC prévoit finalement les modalités du partage dans l'hypothèse où l'un des époux, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, *touche une rente d'invalidé et a atteint l'âge réglementaire de la retraite*¹⁰⁸, *ou perçoit une rente de vieillesse*¹⁰⁹.
46. Dans cette hypothèse, la prestation de sortie n'est définitivement plus accessible pour le partage de la prévoyance. Sous l'empire de l'ancien de droit, un tel état de fait conduisait à l'impossibilité du partage et donnait lieu au versement d'une indemnité équitable¹¹⁰. Le nouveau droit *prévoit désormais que ce sont les prestations de la prévoyance professionnelle, soit les rentes, qui sont partagées (i)*¹¹¹.

¹⁰⁶ Le Commentaire OPP2 (n. 97) mentionne encore le versement de prestations sociales étrangères (p. 13).

¹⁰⁷ Cf. art. 25 LPP. Le Commentaire OPP2 (n. 97) se réfère à tort à des « rentes pour enfant (...) octroyées en plus de la rente d'invalidité de l'assurance-accidents ou de l'assurance-militaire » (p. 13). Or, aucun de ces deux régimes ne connaît l'institution de la rente complémentaire pour enfant d'invalidé.

¹⁰⁸ Comme mentionné ci-dessus (n. 77), les rentes d'invalidé peuvent être viagères (cf. art. 26 al. 3 LPP) et ne sont pas automatiquement converties en rentes de vieillesse.

¹⁰⁹ Ce qui signifie qu'il a atteint l'âge réglementaire donnant droit à des prestations de retraite.

¹¹⁰ Art. 123 aCC.

¹¹¹ Art. 124a CC. Le partage porte sur l'ensemble des prestations, part obligatoire et part surobligatoire (FF 2013 4341 ss, p. 4364).

47. La solution de l'ancien article 124 CC causait de manière récurrente *deux problèmes majeurs* : premièrement, le débiteur de l'indemnité étant le conjoint lui-même, le conjoint bénéficiaire de l'indemnité supportait le risque de son incapacité à honorer sa dette ; si une rente viagère lui était allouée en guise d'indemnité, *le décès du conjoint débiteur* pouvait réduire considérablement son indemnité équitable. Deuxièmement, l'indemnité étant financée par des fonds libres, elle était *versée au conjoint créancier qui pouvait en disposer librement*. Si ce dernier avait la possibilité de financer, au moyen de l'indemnité, une assurance-vie liée, il n'en avait pas l'obligation, de sorte qu'il lui était aussi loisible de dépenser l'argent reçu à des fins autres que sa prévoyance vieillesse.
48. *Le nouveau droit règle ces deux problèmes de manière simple* : le bénéficiaire du partage se voit désormais verser une rente viagère (ii) dont le débiteur n'est plus son ex-conjoint, mais l'institution de prévoyance de ce dernier¹¹². La nouvelle réglementation légale s'assure également que les fonds restent affectés à des fins de prévoyance (iii).
49. Naturellement, le partage de la rente en application de l'article 124a CC a des *effets durables sur les prestations de la prévoyance professionnelle* (iv).

i) Les principes régissant le partage de la rente

50. Contrairement au principe du partage par moitié mentionné à l'article 123 CC et appliqué dans les deux hypothèses décrites précédemment¹¹³, *la rente ne sera pas automatiquement divisée en deux parts égales*. L'article 124a al. 1 CC délègue au juge la compétence d'apprécier les modalités du partage, en tenant compte des circonstances concrètes, en particulier de la durée du mariage et des besoins de prévoyance de chacun des époux.
51. *La durée du mariage* revêt à notre sens, dans cette appréciation, une importance toute particulière. En effet, il n'est plus question ici de partager des expectatives à l'égard de la prévoyance professionnelle, traduites par la quotité de la prestation de sortie accumulée pendant

¹¹² Art. 124a al. 2 CC.

¹¹³ Art. 123 et 124 CC.

le mariage, mais de partager des prestations calculées sur la base d'un avoir de prévoyance accumulé durant toute une vie, et donc aussi en partie en dehors du mariage. Il serait inéquitable, par exemple, de prévoir un partage de la rente par moitié lorsque le mariage a été conclu quelques années seulement avant que l'époux rentier n'atteigne l'âge réglementaire de la retraite¹¹⁴.

52. *L'évaluation des besoins de prévoyance des deux époux* ne doit pas, selon le Conseil fédéral, « tenir compte des besoins de prévoyance de chacun des conjoints pris isolément, mais toujours mettre en balance les besoins des deux »¹¹⁵. Dans ce contexte, il est important de garder à l'esprit que la prévoyance du conjoint rentier est définitivement constituée, et ne peut plus être améliorée. A l'inverse, il se peut que l'autre conjoint, par hypothèse (beaucoup) plus jeune, soit encore en train de constituer sa prévoyance, et puisse l'améliorer par des rachats. Dans ce cas, ce n'est pas tant l'état de sa prévoyance au moment de la procédure de divorce qui est déterminant, que projections établies par son institution de prévoyance dans son certificat annuel de prévoyance¹¹⁶.
53. Pour guider le juge dans son appréciation, le Conseil fédéral indique, dans son Message, que *le partage de la rente par moitié devrait en règle générale être équitable* « lorsque le mariage a eu une grande influence sur la situation professionnelle des conjoints durant de longues années, pendant lesquelles la plus grande partie de la prévoyance a été constituée »¹¹⁷. Une tablette permet en outre d'estimer la part de rente de vieillesse acquise durant le mariage¹¹⁸.

La référence à l'influence du mariage sur la situation professionnelle des conjoints donne à notre sens lieu à discussion, dès lors qu'elle est à même d'induire une inégalité de traitement entre conjoints rentiers et conjoints non rentiers au moment du divorce. Dans l'hypothèse d'un couple au sein duquel chacun des conjoints a

¹¹⁴ Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4364.

¹¹⁵ FF 2013 4341 ss, p. 4364.

¹¹⁶ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4365.

¹¹⁷ FF 2013 4341 ss, p. 4364. Ces motifs ne sont pas exhaustifs, mais si le juge se fonde sur d'autres circonstances, il lui incombe de motiver précisément sa décision (FF 2013 4341 ss, p. 4365).

¹¹⁸ Cette tablette figure dans l'annexe I au Message (FF 2013 4341 ss, p. 4406).

exercé, avant et pendant le mariage, la profession souhaitée, à plein temps, l'un ayant cependant un salaire inférieur à l'autre, le mariage n'a eu aucune influence sur la constitution de la prévoyance, qui serait la même si chacun était resté célibataire. Si l'époux qui a réalisé les revenus les plus élevés est rentier au moment du divorce, on pourrait, selon le Conseil fédéral, tenir compte de ce que le mariage n'a pas péjoré la prévoyance professionnelle de l'autre conjoint et ne pas partager sa rente par moitié. Si, par hypothèse, le divorce est introduit deux ans avant l'âge réglementaire de la retraite, le conjoint concerné verrait la moitié de ses avoirs de prévoyance attribuée à l'autre, réduisant d'autant sa rente de vieillesse, le moment venu¹¹⁹. Il n'est pas sûr, à ce jour, que le juge tienne compte de la particularité d'une telle situation dans le cadre de l'article 124b CC¹²⁰.

54. L'ordre établi sous l'ancien droit s'agissant des effets du divorce, consistant à procéder *d'abord à la liquidation du régime matrimonial, puis au partage de la prévoyance, et finalement à la fixation d'une contribution d'entretien*¹²¹, est conservé et devra aussi être respecté en cas de partage de la rente. Cela signifie que le résultat de la liquidation du régime matrimonial peut avoir une influence sur le caractère équitable ou inéquitable du partage de la rente¹²².
55. En d'autres termes, il n'y a pas de recette qui permette de déterminer la quotité du partage de la rente une fois pour toutes et dans toutes les situations. Ce n'est ici plus tant le principe de l'égalité entre les conjoints qui prévaut, que celui du traitement équitable des deux conjoints. *Le juge ne peut s'épargner de prendre en considération leurs situations respectives dans leur globalité.* Il ne peut ni se borner à partager la rente par moitié sans considération pour la capacité économique globale de chacun des conjoints, ni adopter une solution consistant à mettre chacun des conjoints au bénéfice de prestations de prévoyance d'un même montant, sans tenir compte de leurs besoins respectifs.
56. A noter que le juge peut, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, décider *d'octroyer plus de la moitié de la rente au conjoint créancier*, en s'inspirant de la solution consacrée à l'article 124b al. 3 CC¹²³. Une

¹¹⁹ Sous réserve de rachats postérieurs au divorce.

¹²⁰ Cf. N 80 ss.

¹²¹ Cf. ATF 130 III 537, consid. 4.

¹²² Cf. FF 2013 4341, p. 4365.

¹²³ Cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer lorsque le partage s'effectue selon

telle décision ne devrait, pour conserver le parallélisme avec cette disposition, intervenir que si le conjoint créancier prend en charge des enfants communs, et uniquement dans la mesure où le conjoint débiteur conserve une prévoyance adéquate après le partage¹²⁴.

ii) La conversion en rente viagère

57. Une fois déterminée la part de la rente qui sera versée au conjoint créancier, il s'agit ensuite de la convertir en rente viagère¹²⁵. En effet, la rente de vieillesse versée au conjoint débiteur a été calculée – et financée – en tenant compte de l'âge supposé (sur des bases statistiques) de son décès. *Puisque la part de rente revenant à l'autre conjoint lui sera versée à vie, il y a lieu de procéder à une adaptation permettant de tenir compte de la modification de la durée du versement* qui peut en résulter pour la caisse de pension. Logiquement, si le conjoint créancier est plus jeune que l'époux débiteur, la rente viagère finalement versée sera donc moins élevée que la part de rente nominale qui lui a été attribuée. A l'inverse, si le conjoint créancier est plus âgé, la rente viagère sera plus élevée que la part de rente nominale¹²⁶.
58. *La méthode de conversion est réglée par voie d'ordonnance*¹²⁷, en l'occurrence par l'article 19h OLP et l'annexe à laquelle cette disposition renvoie. Cette méthode de calcul est impérative, le recours à des bases techniques propres à l'institution de prévoyance du conjoint débiteur étant exclu¹²⁸. L'Office fédéral des assurances sociales a l'obligation de mettre à disposition gratuitement un outil électronique de conversion¹²⁹.

l'art. 124a CC (cf. N 85). Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4372.

¹²⁴ Sur ces conditions, cf. N 76 s.

¹²⁵ Art. 124a al. 2, 1^{ère} phrase CC. Cela signifie que le droit à la rente est maintenu même si le conjoint créancier se remarie (FF 2013 4341 ss, p. 4364).

¹²⁶ Pour des exemples chiffrés, cf. FF 2013 4341 ss, p. 4366.

¹²⁷ Art. 124a al. 3 ch. 1 CC.

¹²⁸ Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 19.

¹²⁹ Cet outil doit en principe être disponible sur le site de l'OFAS (<http://www.bsv.admin.ch>) depuis le 1^{er} janvier 2017.

Cet outil intégrera les bases techniques LPP 2015 et applique les tables de générations pour l'année civile sans renforcement, ainsi que le taux d'intérêt technique de référence fixé par la Chambre suisse des experts en caisses de pensions¹³⁰.

59. *La date déterminante pour la conversion de la part de rente en rente viagère est celle de l'entrée en force du jugement de divorce¹³¹, car c'est à ce moment-là que débutera le versement de la rente viagère. Il faut donc tenir compte de l'âge des parties à ce moment-là¹³².*

iii) Les modalités du versement de la rente

60. Pour s'assurer que les fonds restent affectés à des fins de prévoyance, la loi prévoit, sur le principe, deux possibilités : soit l'institution de prévoyance du conjoint débiteur verse directement la rente au conjoint créancier, soit elle la transfère dans sa prévoyance¹³³. Le principe est quelque peu affiné par la LFLP.
61. *Ainsi, si le conjoint créancier a atteint l'âge légal de la retraite selon l'article 13 al. 1 LPP¹³⁴, la rente viagère lui est en principe versée directement pas l'institution de prévoyance du conjoint débiteur. Le conjoint créancier peut toutefois demander que la rente soit transférée dans sa prévoyance si son institution de prévoyance permet encore des rachats¹³⁵.*

Il aura un intérêt (fiscal notamment) à procéder de la sorte par exemple s'il a conservé une activité professionnelle après l'âge légal de la retraite, et différé son droit aux prestations du deuxième pilier.

62. *Si le conjoint créancier n'a pas encore atteint l'âge légal de la retraite selon l'article 13 al. 1 LPP, la rente viagère doit en principe être transférée dans sa prévoyance. Toutefois, s'il est au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité¹³⁶ ou s'il a atteint l'âge minimal pour la retraite anticipée,*

¹³⁰ Annexe à l'OPP2, ch. 3.

¹³¹ Art. 19h al. 2 OPP2.

¹³² Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 19.

¹³³ Art. 124a al. 2, 2^e phrase CC.

¹³⁴ Soit 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes.

¹³⁵ Art. 22e al. 2 LFLP.

¹³⁶ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4398.

*soit 58 ans*¹³⁷, il a la possibilité de demander le versement direct de la rente viagère par l'institution de prévoyance de son conjoint¹³⁸.

63. Si le conjoint créancier n'a pas atteint l'âge légal de la retraite et si les conditions mentionnées au paragraphe précédent ne sont pas réalisées, l'institution de prévoyance du conjoint débiteur transfère la rente dans la prévoyance professionnelle du conjoint créancier¹³⁹. *Dans l'hypothèse où ce dernier n'est pas affilié à une institution de prévoyance*¹⁴⁰, ou si des rachats ne sont plus possibles, la rente est transférée dans l'institution de libre passage qu'il aura choisie¹⁴¹ ou, à défaut, à l'institution supplétive¹⁴².
64. La loi délègue encore au Conseil fédéral la tâche d'indiquer la manière de procéder lorsque les prestations de vieillesse sont différées¹⁴³ ou lorsque la rente d'invalidité est réduite pour cause de surindemnisation^{144 145}.

¹³⁷ Cf. art. 1 al. 3 LPP et 1i al. 1 OPP2.

¹³⁸ Art. 22e al. 1 LFLP.

¹³⁹ Le conjoint créancier peut opter pour un paiement en capital si le règlement de sa caisse de pension le prévoit (art. 22c al. 3 LFLP. Cf. également N 99). Cette conversion ne peut toutefois pas lui être imposée (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4397). Si c'est une rente qui est versée, le transfert est effectué annuellement, au plus tard le 15 décembre de l'année considérée, et correspond à la rente due pour une année civile (art. 19j al. 1 OLP). Si un cas de prévoyance survient chez le conjoint créancier en cours d'année, cf. art. 19j al. 2 OLP et Commentaire OPP2 (n. 97), p. 20 s. L'institution de prévoyance doit des intérêts sur le montant annuel de la prestation à transférer, qui correspond à la moitié du taux réglementaire en vigueur pour cette année-là (art. 19j al. 5 OLP).

¹⁴⁰ C'est également le cas s'il est au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité, puisqu'il n'est alors plus assuré dans le cadre du deuxième pilier (cf. art. 1j al. 1 let. d OPP2).

¹⁴¹ C'est-à-dire une banque ou une compagnie d'assurance offrant des produits conformes aux exigences de l'OPP3.

¹⁴² Cette dernière ne peut refuser les fonds (art. 60a LPP). Cf. FF 2013 4143 ss, p. 4366.

¹⁴³ Selon l'art. 26 al. 2 LPP, l'institution de prévoyance peut prévoir, dans ses dispositions réglementaires, que le droit aux prestations est différé aussi longtemps que l'assuré reçoit un salaire entier.

¹⁴⁴ Cf. N 27. Cf. également N 41 ss.

¹⁴⁵ Art. 124a al. 3 CC.

65. *Dans l'hypothèse d'une rente différée, c'est-à-dire lorsque le conjoint concerné a atteint l'âge réglementaire donnant droit à des prestations de vieillesse, mais qu'il a ajourné la perception de ces prestations, la prestation de sortie acquise au moment de l'introduction de la procédure de divorce reste intacte et peut donc être partagée* en application de l'article 123 CC. Cette solution, consacrée désormais par l'article 19i OLP, intègre la jurisprudence du Tribunal fédéral consistant à dire que tant que des prestations de vieillesse ne sont pas effectivement versées, la prestation de sortie doit être partagée¹⁴⁶.
66. L'article 25b OPP2 décrit la marche à suivre par le juge lorsque les prestations d'invalidé versées après l'âge de la retraite sont *réduites à cause d'un cas de surindemnisation*. Le juge doit, dans un premier temps, *déterminer la part de rente qui revient à l'autre conjoint, en se basant sur le montant non réduit de la rente*. Cas échéant, il procédera à ce moment-là à la compensation selon l'article 124c CC¹⁴⁷. Si, au terme de cette opération, le conjoint qui perçoit une rente réduite est débiteur, deux cas de figure sont envisagés :
67. – si, malgré la réduction, *le conjoint débiteur touche une rente au moins aussi élevée que la part de rente qu'il doit au conjoint créancier*, on procède selon les règles « normales », décrites ci-dessus (conversion en rente viagère et transfert ans la prévoyance professionnelle du conjoint créancier)^{148, 149} ;
68. – si, à cause de la réduction, *la rente versée au conjoint débiteur est insuffisante* pour couvrir la part de rente attribuée au conjoint créancier, on procédera en deux temps. *Dans un premier temps*, la rente versée au conjoint débiteur sera convertie en rente viagère et versée (intégralement) au conjoint créancier, ou transférée dans sa prévoyance professionnelle¹⁵⁰. Le conjoint débiteur est par ailleurs redevable d'une indemnité équitable¹⁵¹ pour compenser la partie

¹⁴⁶ Cf. TF B 19/05 du 28 juin 2005. Cf. également Commentaire OPP2 (n. 97), p. 19 s.

¹⁴⁷ Art. 25b al. 4 OPP2. Sur la compensation, cf. N 97 ss.

¹⁴⁸ N 57 ss.

¹⁴⁹ Art. 25b al. 2 OPP2.

¹⁵⁰ Art. 25b al. 3 let. a OPP2.

¹⁵¹ Selon les règles de l'art. 124e al. 1 CC.

de la prévoyance qui n'a pas pu être versée¹⁵². *Si le conjoint créancier décède ou si sa rente est augmentée de telle sorte qu'elle couvre l'intégralité des prétentions¹⁵³ du conjoint créancier*, la part de rente est convertie en rente viagère, la date déterminante pour ce faire étant celle de l'entrée en force du jugement de divorce.

Notons que l'évaluation de l'indemnité équitable sera, dans cette hypothèse, chose plutôt difficile puisqu'elle dépendra de la durée pendant laquelle le conjoint créancier est privé d'une partie de ce qui lui revient. Cette durée dépendant elle-même d'un événement incertain (décès de l'autre conjoint ou augmentation de sa rente), il sera vraisemblablement très difficile d'envisager une solution sous forme de capital. *La rente versée au titre d'indemnité équitable ne donne, dans ce cas, pas droit à une rente de veuf ou de veuve* au moment du décès du conjoint débiteur, parce qu'elle est alors remplacée par la part de rente issue du partage de la prévoyance et convertie en rente viagère, conformément à l'article 25b al. 3 let. b CC. L'indemnité équitable versée au conjoint créancier est, dans ce cadre, une prestation limitée dans le temps au sens de l'article 20 al. 3 OPP2.

iv) L'effet du partage sur les prestations de la prévoyance professionnelle

69. Conséquence du partage, *la rente du conjoint débiteur sera, logiquement, diminuée du montant de la part de rente versée au conjoint créancier¹⁵⁴*. Cette modification est définitive, même dans l'hypothèse où le conjoint créancier viendrait à décéder avant le conjoint débiteur. Si sa rente a été réduite en raison d'un cas de surindemnisation, la part de rente attribuée au conjoint créancier reste prise en compte dans le calcul de la réduction de la rente¹⁵⁵.

¹⁵² Art. 25b al. 3 let. c OPP2.

¹⁵³ On ne procédera donc pas à l'adaptation de la part de rente à transférer à chaque modification du calcul de surindemnisation, mais uniquement lorsque ce dernier aboutira à une rente suffisante pour couvrir la totalité de la créance de l'autre conjoint (cf. Commentaire OPP2 [n. 97], p. 14).

¹⁵⁴ Au sujet des répercussions de cette diminution sur les rentes complémentaires pour enfant, cf. N 149 ss.

¹⁵⁵ Cf. art. 34a LPP et 24 al. 2^{ter} OPP2. Cf. également l'exemple présenté dans le Commentaire OPP2 (n. 97), p. 12.

70. *Si le conjoint créancier est également déjà rentier*, il ne verra pas sa propre rente augmenter¹⁵⁶. En revanche, s'il ne l'est pas encore, la rente viagère qui lui est due étant transférée dans sa prévoyance, c'est sa propre situation qui est améliorée, amélioration dont il sera tenu compte par son institution de prévoyance au moment de calculer son droit aux prestations de vieillesse.
71. *Les prestations en cas de décès sont également affectées de manière définitive par le partage de la rente*. La part de rente octroyée au conjoint créancier n'est en effet plus considérée dans le calcul des prestations en cas de décès, et ce même si ce dernier est décédé avant le conjoint débiteur¹⁵⁷.
72. La diminution des prestations en cas de décès affectera *principalement les enfants* du conjoint débiteur, ainsi qu'un éventuel *nouveau conjoint*¹⁵⁸. L'ex-conjoint qui bénéficie d'une rente viagère en application de l'article 124a CC *n'a pas droit à des prestations en cas de décès* du conjoint débiteur¹⁵⁹, puisque, précisément, ce décès n'affecte pas son droit à la rente, et n'entraîne par conséquent aucun désavantage dans le cadre du partage de la prévoyance.

C. Les dérogations aux règles sur le partage

73. L'article 124b CC prévoit les conditions auxquelles il est permis de déroger aux règles exposées ci-dessus. Ces dérogations peuvent être le fait des parties (1) ou du juge du divorce (2). Compte tenu de la volonté exprimée dans le Message d'empêcher désormais les situations conduisant les juges à ratifier des conventions ne satisfaisant pas aux règles légales¹⁶⁰, l'articulation prévue entre les deux types de dérogation ne paraît toutefois pas satisfaisante, et impropre à atteindre l'objectif visé (3).

¹⁵⁶ Il touchera deux rentes : la sienne, versée par son institution de prévoyance, et celle qui lui sera versée par l'institution de prévoyance de son ex-conjoint.

¹⁵⁷ Art. 21 al. 3 LPP. Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4367.

¹⁵⁸ Cf. art. 19 et 20 LPP. Il peut aussi s'agir d'autres bénéficiaires au sens de l'art. 20a LPP.

¹⁵⁹ Art. 20 al. 1 OPP2. Cf. N 119 ss.

¹⁶⁰ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4345.

1. Les dérogations conventionnelles

74. Comme sous l'ancien droit, *les époux ont la possibilité de s'écarter du partage par moitié, voire de renoncer au partage de la prévoyance professionnelle, à condition toutefois qu'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate reste assurée*¹⁶¹.
75. *Formellement*, leur accord doit être consigné dans la convention sur les effets accessoires de leur divorce¹⁶². *Matériellement*, les conditions auxquelles cet accord peut être ratifié par le juge du divorce sont quelque peu assouplies par rapport à la solution de l'ancien droit. Sous l'empire de l'ancien article 123 al. 1 CC, la renonciation à tout ou partie de la prestation de sortie n'était possible – en théorie à tout le moins¹⁶³ – que si le conjoint qui y renonçait bénéficiait d'une autre manière d'une prévoyance équivalente¹⁶⁴, d'un point de vue tant qualitatif que quantitatif.
76. La nouvelle réglementation se contente de *l'assurance d'une prévoyance « adéquate »*, condition dont la réalisation doit être vérifiée d'office par le juge¹⁶⁵, qui tiendra compte des conditions de vie des époux, en particulier de leur âge¹⁶⁶. Plus les époux sont jeunes au moment du divorce, plus la renonciation au partage sera en principe admissible, d'autant plus si la durée du mariage a été brève et si les époux n'ont pas eu d'enfant. Cette solution correspond à une pratique déjà largement répandue sous l'ancien droit, nonobstant les conditions plus strictes de l'ancien article 123 CC¹⁶⁷.

¹⁶¹ Art. 124b al. 1 CC.

¹⁶² Cf. art. 111 al. 1 CC. Il peut à notre sens également s'agir d'une convention passée en audience. En revanche, le Conseil fédéral souligne expressément dans son Message qu'une renonciation anticipée, par contrat de mariage, demeure impossible (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4370).

¹⁶³ Voir les exemples donnés par le Conseil fédéral dans son Message (FF 2013 4341 ss, p. 4369).

¹⁶⁴ Cf. art 123 al. 1 aCC.

¹⁶⁵ Art. 280 al. 3 CPC.

¹⁶⁶ FF 2013 4341 ss, p. 4369.

¹⁶⁷ Cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 123 CC N 19.

77. *L'adéquation de la prévoyance doit être vérifiée pour elle-même*, indépendamment de la fortune personnelle de l'époux qui renonce à une part de la prévoyance de son conjoint, du résultat de la liquidation du régime matrimonial ou encore du versement de contributions d'entretien¹⁶⁸. Le Message mentionne, au titre des biens pouvant être considérés comme de la prévoyance, les troisièmes piliers liés, les assurances-vie à capital garanti, les immeubles, un droit d'habitation ou un usufruit limité dans le temps. A notre sens, il y a lieu de tenir compte de l'amélioration de la prévoyance du premier pilier qui découle du *splitting*¹⁶⁹ et de la possibilité d'aménager l'attribution des bonifications pour tâches éducatives¹⁷⁰. *La mesure de l'adéquation* découle à notre sens de l'objectif constitutionnel de la prévoyance professionnelle, à savoir le maintien de manière appropriée du niveau de vie antérieur¹⁷¹.
78. Si la solution adoptée par les époux ne donne pas l'assurance d'une prévoyance adéquate pour tous les deux, le juge devrait, à la rigueur du droit, refuser de ratifier leur convention¹⁷².

2. Les dérogations judiciaires

79. Indépendamment de la possibilité, pour les époux, de régler le partage de leur prévoyance selon des règles qui leur conviennent, le juge du divorce peut également refuser totalement ou partiellement le partage de la prévoyance (a), ou attribuer à l'un des époux plus de la moitié de la prestation de sortie de l'autre (b).

a) Le refus partiel ou total du partage

80. *Sous l'ancien droit*, le juge avait la possibilité de refuser le partage, en tout ou partie, lorsque celui-ci s'avérait « manifestement inéquitable

¹⁶⁸ FF 2013 4341 ss, p. 4370. *Contra* : GEISER (n. 9), p. 1382.

¹⁶⁹ Art. 29^{quinquies} al. 3 let. c LAVS. A ce sujet, cf. également N 7 et 13.

¹⁷⁰ Art. 52^{bis} RAVS. Cf. DUPONT (n. 24), p. 393 ss.

¹⁷¹ Cf. art. 113 al. 2 let. a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

¹⁷² Cf. art. 280 al. 1 CPC.

pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce»¹⁷³. Cette disposition avait été précisée par la jurisprudence dans ce sens qu'elle devait être appliquée de manière restrictive « afin d'éviter que le principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance ne soit vidé de son contenu »¹⁷⁴. Les motifs de refus devaient tenir à la situation économique après le divorce¹⁷⁵ et le caractère manifestement inéquitable ne pouvait résulter uniquement de ce que l'un des conjoints bénéficiait d'une fortune considérable ou d'une sécurité financière certaine¹⁷⁶.

81. *Le nouveau droit élargit le pouvoir d'appréciation du juge*, dans la mesure où il lui permet désormais d'exclure totalement ou partiellement¹⁷⁷ le partage lorsqu'il existe de « justes motifs ».
82. La loi mentionne, à titre d'exemple de justes motifs, le caractère inéquitable¹⁷⁸ du partage par moitié, compte tenu notamment de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des époux après le divorce¹⁷⁹, ou des besoins de prévoyance de chacun des époux, au vu par exemple de leur différence d'âge¹⁸⁰. Cette liste n'est pas exhaustive¹⁸¹.
83. La première situation, soit les *motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique postérieure au divorce*, reprend « pratiquement tous les cas dans lesquels le partage est exclu » en

¹⁷³ Cf. art. 123 al. 2 aCC.

¹⁷⁴ ATF 135 III 153, consid. 6.1.

¹⁷⁵ ATF 135 III 153, consid. 6.1. Cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 123 CC N 13.

¹⁷⁶ ATF 136 III 455, consid. 4.2-4.5.

¹⁷⁷ La possibilité d'un refus total ou partiel lui permet selon nous de retenir une autre date que celle de l'introduction de la procédure de divorce pour déterminer les avoirs de prévoyance à partager.

¹⁷⁸ Et non plus « manifestement inéquitable » comme le prévoyait l'art. 123 aCC.

¹⁷⁹ Art. 124b al. 2 ch. 1 CC.

¹⁸⁰ Art. 124b al. 2 ch. 2 CC.

¹⁸¹ Le Message mentionne encore, à titre d'exemple, le cas du conjoint qui ne s'acquitte pas des contributions d'entretien qu'il est astreint à payer ; il serait alors injuste qu'il puisse exiger la moitié de la prestation de sortie de l'autre conjoint (FF 2013 4341 ss, p. 4371).

application de l'article 123 aCC¹⁸². *Sous l'angle des besoins de prévoyance*, le partage est inéquitable « lorsque l'un des époux subit des désavantages flagrants par rapport à l'autre conjoint »¹⁸³. Le Conseil fédéral mentionne expressément l'exemple de deux époux ayant des revenus et des prestations de vieillesse futures comparables, les avoirs constitués pendant la durée du mariage étant toutefois très différents, en principe en raison d'une grande différence d'âge entre les conjoints¹⁸⁴.

84. Le Conseil fédéral réaffirme, dans son Message, l'impératif de ne pas vider de sa substance le principe du partage par moitié de la prévoyance professionnelle¹⁸⁵, ce qui signifie que comme l'article 123 aCC par le passé, l'actuel article 124b al. 2 CC ne devrait connaître qu'une *application restrictive*. Il paraît évident néanmoins que les « justes motifs » permettant le refus du partage couvrent également les états de fait qui permettaient, sous l'ancien droit, de refuser le partage au motif d'un *abus de droit*¹⁸⁶.
85. *D'un point de vue systématique, l'article 124b al. 2 et 3 CC ne s'applique que dans l'hypothèse où des prestations de sortie (réelles ou hypothétiques) sont partagées en application des articles 123 et 124 CC, et non dans l'hypothèse où l'on partage des rentes en application de l'article 124a CC. Cela découle tout d'abord du texte de ces deux alinéas, qui se réfèrent expressément au partage des prestations de sortie. C'est aussi la*

¹⁸² FF 2013 4341 ss, p. 4370 s. Le Message cite, comme exemple dans lequel le caractère inéquitable sera réalisé sous le nouveau droit, l'état de fait à l'origine d'un arrêt TF 5A_79/2009 du 28 mai 2009, consid. 2.1. Il tient également le partage pour inéquitable en présence d'un époux salarié au revenu (et par conséquent à la prévoyance) modeste, et d'un époux indépendant, non affilié au deuxième pilier, mais dont les revenus sont substantiellement supérieurs.

¹⁸³ FF 2013 4341 ss, p. 4371.

¹⁸⁴ Dans la prévoyance professionnelle, la constitution de l'avoir de vieillesse est progressive, en fonction de l'âge. Dans le régime de la prévoyance obligatoire, la bonification de vieillesse annuelle se monte à 7 % du salaire coordonné pour un assuré âgé de 25 à 34 ans, contre 18 % pour un assuré âgé de 55 à 65 ans (cf. art. 16 LPP).

¹⁸⁵ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4371.

¹⁸⁶ ATF 135 III 153, consid. 6.1 ; ATF 133 III 497, consid. 4. Cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 123 CC N 21 ss.

conséquence de ce qu'en cas du partage de la rente, le pouvoir d'appréciation conféré au juge par cette disposition lui laisse déjà la marge de manœuvre nécessaire pour tenir compte de particularités dans la situation des époux. Des exceptions supplémentaires ne sont, selon le Conseil fédéral, pas nécessaires pour ce type de partage¹⁸⁷.

b) L'attribution de plus de la moitié de la prestation de sortie

86. Sous l'empire de l'ancien droit, la question de savoir si le juge pouvait accorder à un conjoint plus de la moitié de la prestation de sortie était controversée en doctrine¹⁸⁸. *Le nouveau droit prévoit désormais expressément cette possibilité*. Il faut toutefois pour cela que ce dernier prenne en charge des enfants communs après le divorce, et que le conjoint débiteur dispose encore d'une prévoyance adéquate après le partage¹⁸⁹. L'objectif de cette forme de partage, dite « asymétrique », est de permettre de tenir compte de la lacune de prévoyance résultant d'un emploi à temps partiel par le conjoint qui s'occupe des enfants communs¹⁹⁰.
87. L'adéquation de la prévoyance restant acquise à l'époux débiteur doit être examinée à l'aune des mêmes critères que ceux qui permettent de valider la renonciation conventionnelle au partage de tout ou partie de la prévoyance dans le cadre de l'alinéa 1¹⁹¹.
88. La quotité de la prestation de sortie attribuée au conjoint créancier doit, selon le Conseil fédéral, être fixée *selon les mêmes principes que ceux qui servent à chiffrer la contribution d'entretien* en application de l'article 125 CC¹⁹².

¹⁸⁷ FF 2013 4341 ss, p. 4370.

¹⁸⁸ Cf. GEISER THOMAS, in : Heinz Hausherr (éd.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Berne 1999, N 2.83 (avis défavorable) ; FANKHAUSER ROLAND, Einverständliche Scheidung nach neuen Scheidungsrecht, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 98 ss (avis favorable).

¹⁸⁹ Art. 124b al. 3 CC.

¹⁹⁰ FF 2013 4341, p. 4372.

¹⁹¹ FF 2013 4341, p. 4372. Cf. N 76 s.

¹⁹² Pour l'explication de ces principes, cf. CPra Matrimonial-SIMEONI, art. 125 CC N 9 ss.

3. Une articulation illogique ?

89. A notre sens, l'articulation de l'article 124b CC, à la lumière des explications données par le Conseil fédéral dans son Message, conduit à la même solution insatisfaisante en pratique que celle qui existait sous l'ancien droit.
90. Nous avons indiqué ci-dessus¹⁹³, au sujet de la possibilité, pour les époux, de convenir de la répartition de la prévoyance, voire d'y renoncer¹⁹⁴, qu'elle n'était donnée *qu'à condition de laisser à l'époux qui renonce une prévoyance adéquate*, condition que le juge vérifiera d'office. Nous avons également relayé les explications données dans le Message au sujet de la condition de l'adéquation. Pour le Conseil fédéral, cette condition n'est réalisée *que si les moyens de prévoyance à disposition de l'époux qui renonce sont adéquats, sans considération pour sa fortune personnelle ou pour le résultat de la liquidation du régime matrimonial*¹⁹⁵.
91. Au chapitre précédent¹⁹⁶, nous avons exposé la *possibilité donnée au juge de refuser le partage de la prévoyance s'il existe de justes motifs*. Cette condition est notamment réalisée si le partage par moitié s'avère inéquitable *en raison de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des époux après divorce*¹⁹⁷.
92. Si l'on suit la logique de la loi, des époux désireux de rester dans le cadre d'une procédure avec accord complet et de ne pas prendre de conclusions condamnatoires pour s'éviter des dépens, conscients de ce que la liquidation du régime matrimonial et/ou leur situation économique personnelle après divorce rendra le partage de la prévoyance inéquitable, *seraient obligés de « bricoler » une solution conventionnelle* permettant malgré tout une prévoyance adéquate sous l'angle des seuls moyens de prévoyance, *tout en sachant que le juge ne ratifiera pas cette convention et statuera d'office, refusant le partage en raison de justes motifs*.

¹⁹³ N 74 ss.

¹⁹⁴ Cf. art. 124b al. 1 CC.

¹⁹⁵ FF 2013 4341 ss, p. 4370.

¹⁹⁶ N 80 ss.

¹⁹⁷ Cf. art. 124b al. 2 ch. 1 CC.

Imaginons une épouse qui ne travaille pas et n'a pas de prévoyance professionnelle, mais dispose d'une importante fortune personnelle consistant essentiellement en des sociétés ou parts de sociétés. Elle est mariée sous le régime de la séparation de biens avec un homme qui n'a pas d'économies personnelles, mais travaille en qualité de travailleur salarié, avec un revenu moyen. La prestation de sortie acquise pendant la durée du mariage (10 ans, par hypothèse) s'élève à CHF 120'000.-. Ces époux ne peuvent pas, à la rigueur de la loi, convenir d'une renonciation par l'épouse au partage de la prévoyance de son conjoint, faute pour elle d'avoir une prévoyance adéquate¹⁹⁸. En revanche, il semble clair que le partage de la prévoyance conduira à un résultat inéquitable et sera refusé par le juge en application de l'article 124b al. 2 ch. 1 CC.

93. A notre sens, *l'économie des procédures commande que les conventions des époux puissent également porter sur les états de fait circonscrits à l'article 124b al. 2 et 3 CC*, à charge pour le juge, par analogie, de vérifier d'office que les conditions topiques sont réalisées¹⁹⁹.

D. L'exécution du partage

94. Parmi les trois méthodes décrites ci-dessus pour déterminer le montant des avoirs de prévoyance à partager, on appliquera à chaque époux celle qui convient, en fonction de sa situation individuelle. Dans un deuxième temps, il s'agira de procéder concrètement au partage.
95. Si les deux conjoints bénéficient d'une prévoyance professionnelle, on simplifiera l'exécution du partage en procédant dans un premier temps, dans la mesure du possible, à la *compensation des créances réciproques* (1) avant de transférer dans la prévoyance du conjoint créancier la part qui lui revient (2).
96. Il se peut toutefois que *l'exécution du partage ne puisse raisonnablement être exigée* (3), voire *s'avère impossible* (4), auxquels cas la loi prévoit des palliatifs.

¹⁹⁸ Les sociétés et parts de société ne sont pas considérées comme une forme de prévoyance (cf. N 77).

¹⁹⁹ Dans le même sens, GEISER (n. 9), p. 1382.

1. La compensation préalable des créances

97. La compensation préalable des créances, prévue par l'article 124c CC, est une opération rigoureusement identique à celle qui était pratiquée sous l'ancien droit, à tout le moins *lorsqu'il s'agit de compenser deux prétentions portant sur des prestations de sortie, réelles ou hypothétiques*.

Par exemple, dans l'hypothèse de deux conjoints actifs professionnellement en qualité de travailleurs salariés, l'époux doit à son épouse une part de sa prestation de sortie équivalente à CHF 100'000.-. Cette dernière, de son côté, lui doit CHF 75'000.-. Après compensation des créances, l'institution de prévoyance de l'époux se verra ordonner de verser à l'institution de prévoyance de l'épouse la différence, soit CHF 25'000.-.

98. La compensation des créances ne pose pas non plus de problème particulier *lorsque les deux époux sont rentiers de la prévoyance professionnelle*, et que des parts de rente sont accordées réciproquement. L'article 124c al. 1 CC précise simplement à ce sujet que la compensation a lieu avant la conversion de la part de rente en rente viagère²⁰⁰.

Si l'on prend l'exemple de deux conjoints, au bénéfice de rentes se montant respectivement à CHF 2'000.- pour l'un et à CHF 1'500.- pour l'autre, les deux rentes étant par hypothèse partagées par moitié, une part de CHF 1'000.- revient au second époux, et une part de CHF 750.- revient au premier. Après compensation, c'est un solde de CHF 250.- qui revient au conjoint créancier. C'est ce montant qui doit maintenant être converti en rente viagère conformément aux règles décrites ci-dessus²⁰¹.

99. La situation est plus délicate *lorsque l'un des époux est au bénéfice d'une rente, et que l'autre a des prétentions à une prestation de sortie, réelle ou hypothétique*. Dans ce cas, la compensation n'est possible qu'à la double condition que les époux et leurs institutions de prévoyance respectives y consentent²⁰². Le consentement des institutions de prévoyance est donné si le règlement de prévoyance du conjoint

²⁰⁰ Cette opération est décrite ci-dessus (N 57 ss). Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4372.

²⁰¹ Cf. N 57 ss.

²⁰² Cf. art. 124c al. 2 CC.

rentier prévoit un transfert sous forme de capital en faveur du conjoint créancier d'une part de rente²⁰³.

Ni les lois, ni les ordonnances ne prévoient la méthode qu'il convient d'appliquer à la capitalisation de la rente viagère. Elle devra donc être décrite dans son règlement par l'institution de prévoyance, dont on peut penser, au moment de rédiger ces lignes, qu'elles se référeront à leurs propres bases actuarielles. A défaut, c'est le recours aux Tables de capitalisation qui devrait s'imposer²⁰⁴.

100. *A défaut de consentement des conjoints et/ou des institutions de prévoyance, la compensation préalable des créances n'est pas possible, et chaque prétention doit être exécutée selon ses propres règles.*

2. Le paiement au conjoint créancier

101. La manière dont, concrètement, le paiement au conjoint créancier de ce qui lui revient intervient, *dépend de la nature de la prestation qui doit être versée* (prestation de sortie ou rente), *et dépend aussi de la situation du conjoint créancier* (âge, statut professionnel et/ou asséculo-logique).

a) Selon la nature de la prestation qui doit être versée

102. *Si le conjoint débiteur doit à l'autre une part de prestation de sortie réelle* (art. 123 CC) *ou une part de rente* (art. 124a CC), l'exécution du partage ne pose pas de difficultés particulières, parce que les fonds sont disponibles et rien ne fait obstacle à ce que la part nécessaire y soit prélevée.
103. *Si la dette porte, même partiellement, sur une prestation de sortie hypothétique*²⁰⁵, on évitera autant que possible de toucher à cette dernière pour procéder au partage, pour éviter de voir diminuer la rente servie au conjoint assuré. On utilisera donc en priorité les autres avoirs disponibles, si tant est qu'il en existe.

Imaginons par exemple un assuré au bénéfice d'une demi-rente de l'assurance-invalidité, qui travaille par ailleurs à 50 %. Au moment de

²⁰³ Cf. art. 22c al. 3 LFLP.

²⁰⁴ STAUFFER WILHELM/SCHAETZLE THEO/SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Tables et programmes de capitalisation, 6^e éd., Zurich 2013.

²⁰⁵ Ce qui signifie qu'il touche une rente d'invalidité avant d'avoir atteint l'âge de la retraite (cf. art. 124 CC).

L'introduction de la procédure de divorce, il dispose d'une prestation de sortie réelle (pour la part active) de CHF 50'000, d'une prestation de sortie hypothétique de CHF 110'000.- et d'avoirs de libre passage dans le cadre d'un troisième pilier pour un montant de CHF 30'000.-. Le total à partager s'élève à CHF 190'000.-. Dans l'hypothèse d'un partage par moitié, l'autre conjoint bénéficie d'une créance de CHF 95'000.-. Cette créance sera d'abord exécutée par le transfert de la prestation de sortie réelle (CHF 50'000.-) et des avoirs de libre-passage (CHF 30'000.-), seul le solde étant prélevé sur la prestation de sortie hypothétique²⁰⁶.

b) Selon la situation du conjoint créancier

104. *Si le conjoint créancier a droit à une part de la prestation de sortie (réelle ou hypothétique) de son ex-conjoint, cette dernière doit en priorité être versée à sa propre institution de prévoyance. Si le conjoint créancier n'est pas affilié au deuxième pilier, il désignera un établissement bancaire ou d'assurance proposant des produits de maintien de la prévoyance conformément à l'OPP3.*
105. *Si le conjoint créancier n'est plus affilié à la prévoyance professionnelle parce qu'un cas de prévoyance s'est réalisé, il peut demander le paiement en espèces de la part de la prestation de sortie qui lui revient²⁰⁷. Il en va de même si les conditions d'un retrait en espèces sont réalisées²⁰⁸.*
106. *Dans le but de favoriser autant que possible le maintien de la prévoyance, la loi prévoit désormais que si le conjoint créancier n'a plus la possibilité de faire créditer la part de la prestation de sortie de son ex-conjoint dans une institution de prévoyance, par exemple parce que lui-même a atteint l'âge légal de la retraite, parce qu'il est au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité ou parce qu'il n'a tout simplement plus la possibilité de faire des rachats dans son institution de prévoyance²⁰⁹,*

²⁰⁶ Pour autant naturellement que l'on ne se trouve pas dans une situation où l'utilisation de la prestation de sortie hypothétique pour l'exécution du partage est proscrite, c'est-à-dire essentiellement lorsque la rente a été durablement réduite en raison d'une surindemnisation (cf. N 41 ss).

²⁰⁷ Cf. art. 16 al. 2 OLP. Il faut toutefois qu'il soit au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité. Cf. également GEISER (n. 9), p. 1379.

²⁰⁸ Cf. art. 5 LFLP.

²⁰⁹ A noter que l'art. 22d al. 2 LFLP interdit expressément le rachat dans l'hypothèse d'un transfert fondé sur l'art. 124 al. CC, soit lorsqu'un conjoint touche une rente

il *peut* alors exiger le transfert de la part de la prestation de sortie *auprès de l'institution supplétive*²¹⁰. Si le conjoint créancier a atteint l'âge minimal de la retraite selon le règlement de l'institution supplétive²¹¹, il peut demander la conversion en rente de l'avoir accumulé²¹². Si cette demande n'est pas faite, la rente sera versée dès que l'assuré aura atteint l'âge légal de la retraite²¹³. Le conjoint créancier peut toutefois faire reporter ce droit de cinq ans au plus s'il poursuit l'exercice d'une activité lucrative²¹⁴.

A noter que la rente versée au conjoint créancier par l'institution supplétive n'est pas une rente de vieillesse au sens de son règlement de prévoyance. Elle ne donne donc pas droit à des prestations pour survivant au sens de l'article 10 du règlement de l'institution supplétive²¹⁵.

107. *Si le conjoint créancier a droit à une part de la rente de son ex-conjoint, l'exécution se déroule comme indiqué ci-dessus*²¹⁶.
108. S'il n'a pas été possible de procéder à la compensation de créances réciproques²¹⁷, chacune des prétentions sera exécutée individuellement selon les règles qui viennent d'être mentionnées.

d'invalide avant d'avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite, et que c'est donc une prestation de sortie hypothétique qui est partagée. Si, toutefois, l'assuré n'est que partiellement invalide et que le partage a été opéré sur la prestation de sortie effectivement disponible, le rachat est possible (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4398).

²¹⁰ Art. 60a al. 1 LPP. L'institution supplétive a l'obligation de l'accepter (art. 60 al. 2 let. f LPP).

²¹¹ Soit cinq ans avant l'âge légal AVS (cf. art. 8 du Règlement sur la tenue des comptes de libre passage de la Fondation institution supplétive LPP, disponible sur le site Internet <http://www.chaeis.ch>).

²¹² C'est, selon le Conseil fédéral, l'un des principaux intérêts du nouvel art. 60a LPP (FF 2013 4341 ss, p. 4391).

²¹³ Selon l'art. 13 al. 1 LPP.

²¹⁴ Art. 60a al. 2 LPP.

²¹⁵ Cf. art. 60a al. 2 in fine LPP. Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4391.

²¹⁶ Cf. N 60 ss. Cf. toutefois N 113 : cette solution pourrait, au final, rendre le partage au moyen des fonds de la prévoyance inexigible, et donner lieu à une indemnité en capital versée depuis des fonds libres, si tant est que le conjoint bénéficiaire d'une rente en dispose par ailleurs.

²¹⁷ Cf. N 99 s.

3. Lorsque l'exécution ne peut raisonnablement être exigée

109. Après que le partage été calculé selon les règles indiquées ci-dessus²¹⁸, il se peut encore que son exécution au moyen des avoirs de la prévoyance professionnelle *ne puisse raisonnablement être exigée compte tenu des besoins de prévoyance de chacun des époux*. Dans cette hypothèse, le partage sera remplacé par le versement à l'époux créancier d'une indemnité en capital²¹⁹, payée depuis les fonds libres de l'époux débiteur.
110. *Il ne s'agit pas, dans l'hypothèse visée ici, de déroger aux règles matérielles sur le partage*, mais de prévoir une alternative à son exécution concrète, lorsqu'il n'est raisonnablement pas adéquat d'utiliser pour cela les moyens de la prévoyance, opération pourtant techniquement possible.
111. S'agissant d'une exception au principe selon lequel le partage se fait au moyen des fonds de prévoyance, l'article 124d CC doit être *appliqué restrictivement*. Son application suppose en outre que le conjoint créancier dispose par ailleurs de fonds libres suffisants pour s'acquitter de sa dette²²⁰. A cet égard, *seul le versement d'un capital est envisageable*, le paiement d'une rente n'entrant pas en ligne de compte, pour éviter de recréer sous le nouveau droit des situations comparables à celles qui découlaient de l'application de l'ancien article 124 CC, et que l'on a précisément voulu éliminer en procédant à la révision des règles de partage de la prévoyance après divorce²²¹.
112. L'application de l'article 124d CC peut résulter d'une convention entre les époux, le juge conservant alors la charge d'examiner *si la solution adoptée ne repose que sur des raisons tenant à leur prévoyance*. Des motifs d'un autre ordre ne sont pas acceptables²²².

²¹⁸ N 9 ss.

²¹⁹ Art. 124d CC.

²²⁰ FF 2013 4341 ss, p. 4373.

²²¹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4374.

²²² Le Message mentionne, à titre d'exemple, des motifs d'ordre fiscal (FF 2013 4341 ss, p. 4374).

113. Le Message mentionne, comme exemple de situations permettant d'appliquer l'article 124d CC, le cas dans lequel le conjoint créancier a de toute manière décidé d'émigrer après le divorce et de retirer ses avoirs de prévoyance²²³. Dans un tel cas, peu importe pour lui que le montant lui revenant soit payé au moyen de fonds de la prévoyance ou au moyen de fonds libres²²⁴. D'une manière générale, moins le conjoint créancier a la possibilité de recevoir les fonds lui revenant dans son institution de prévoyance, moins il est nécessaire de recourir à un transfert des fonds de la prévoyance. Le transfert des fonds de la prévoyance n'est pas non plus raisonnablement exigible si le conjoint débiteur en subit un préjudice sérieux, par exemple parce que, bénéficiaire d'une rente, il n'a plus la possibilité de faire des rachats²²⁵.
114. Dans le sens, toujours, de favoriser au maximum la prévoyance des conjoints, et pour éviter que l'indemnité en capital versée en application de l'article 124d CC ne soit dépensée prématurément, *le juge peut désormais ordonner, dans le jugement de divorce, que le montant en sera transféré à l'institution de prévoyance du conjoint créancier* ou, si ce dernier n'en a pas, auprès d'une institution de maintien de la prévoyance²²⁶. Dans ce cas-là, il doit indiquer précisément dans le jugement le montant à transférer et l'identité de l'institution de prévoyance ou de maintien de la prévoyance à laquelle il doit être versé²²⁷. Cette possibilité n'est donnée selon nous *que si aucune circonstance ne justifie le paiement en espèces*²²⁸. A notre avis, plus la situation du conjoint créancier est modeste et moins sa rente AVS sera élevée, plus le juge devrait être enclin à faire usage de la faculté qui lui est donnée.

4. Lorsque l'exécution est impossible

115. Malgré les aménagements apportés par le nouveau droit, il demeurera à l'avenir un certain nombre de situations dans lesquelles l'exécution

²²³ Conformément à l'art. 5 LFLP.

²²⁴ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4373.

²²⁵ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4363 s.

²²⁶ Art. 22f al. 3 LFLP.

²²⁷ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4399.

²²⁸ Cf. N 105.

du partage s'avérera impossible. Comme sous l'ancien droit, la loi actuelle prévoit un palliatif dans ce genre de cas (a). Ce palliatif comprend le versement de prestations pour survivants (b), dont il clarifie en même temps les conditions, amélioration bienvenue sous l'angle du droit des assurances sociales. Sous l'ancien droit, les avoirs de prévoyance situés à l'étranger représentaient un cas fréquent d'impossibilité donnant lieu au paiement d'une indemnité équitable. Le nouveau droit traite expressément de cette question (c).

a) En général

116. Les moyens tirés de l'impossibilité du partage ne permettent pas non plus de déroger aux règles matérielles qui le régissent, mais prévoient une solution alternative *lorsque les moyens issus de la prévoyance ne peuvent être partagés*.

A titre d'exemple de situations de ce genre, mentionnons d'abord l'absence de prestation de sortie de sortie (réelle ou hypothétique), l'impossibilité d'utiliser la prestation de sortie hypothétique pour l'exécution du partage²²⁹, ou encore la réduction de la rente d'invalidé pour cause de surindemnisation²³⁰. Le Conseil fédéral mentionne également les situations dans lesquelles le partage des prétentions à une rente en vertu de l'article 124a CC ne serait pas réalisable, et cite l'exemple des régimes de retraite prévus dans la fonction publique pour, par exemple, les magistrats et les professeurs²³¹. Pensons également au cas, plus fréquent en pratique, dans lequel un époux a bénéficié d'un versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, avant d'être mis au bénéfice d'une rente en raison de la survenance d'un cas de prévoyance. Le montant

²²⁹ Cf. N 103.

²³⁰ Cf. N 41 ss.

²³¹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4374. Par exemple, les magistrats de la Confédération (membres du Conseil fédéral, des juges ordinaires du Tribunal fédéral ainsi que du chancelier de la Confédération) ne sont pas soumis à la LPP (art. 3 al. 3 de la loi fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats ; RS 172.121). Le régime de leur prévoyance est défini par les art. 3 ss de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats (RS 172.121.1). GEISER (n. 9) doute que l'art. 124e CC soit une solution appropriée dans ce genre de situations (p. 1383).

du versement anticipé n'est alors plus pris en compte dans le partage de la prévoyance^{232, 233}

117. Dans un tel cas, le conjoint débiteur doit au conjoint créancier « une indemnité équitable sous forme d'une prestation en capital ou d'une rente »²³⁴. S'agissant d'une solution déjà connue sous l'ancien droit²³⁵, les paramètres qui permettent de chiffrer l'indemnité équitable devraient en principe rester les mêmes. Il s'agit de la *durée du mariage* et des *besoins des conjoints en termes de prévoyance*, conditions identiques à celles qui président au partage de la rente lorsque la procédure de divorce est introduite après que l'un des conjoints a atteint l'âge réglementaire de la retraite²³⁶. Là encore, il conviendra de tenir compte de la situation économique des époux après le divorce, et en particulier après la liquidation du régime matrimonial^{237, 238}.
118. Ne s'agissant pas d'une contribution d'entretien, la rente viagère octroyée au conjoint créancier en application de l'article 124e al. 1 CC *ne s'éteint pas en cas de remariage, et ne peut être modifiée sous prétexte d'un changement de circonstances*²³⁹.

b) Le droit aux prestations pour survivant

119. Sous l'empire du nouveau droit, l'indemnité équitable accordée sous forme de rente viagère en application de l'article 124e CC est la seule prestation, dans le cadre du partage de la prévoyance, susceptible de prendre fin au décès du conjoint débiteur et, par conséquent, de léser

²³² Cf. N 36. Sous l'ancien droit, ces états de fait étaient appréhendés dans le cadre de l'application de l'art. 124 CC et donnaient déjà lieu au versement d'une indemnité équitable (cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art. 124 CC N 22).

²³³ Sur la question particulière des avoirs de prévoyance situés à l'étranger, cf. N 125 ss.

²³⁴ Cf. art. 124e al. 1 CC.

²³⁵ Cf. art. 124 aCC.

²³⁶ Cf. N 51 ss.

²³⁷ ATF 131 III 1, consid. 4.2.

²³⁸ Pour un exposé de la pratique du Tribunal fédéral sous l'ancien droit, cf. CPra Matrimonial-FERREIRA, art 124 CC N 36 ss.

²³⁹ Sous réserve du partage, postérieur au divorce suisse, d'avoirs de prévoyance situés à l'étranger (cf. N 125 ss). Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4375.

le conjoint créancier²⁴⁰. Le législateur a tenu compte de l'insécurité générée en modifiant l'article 20 OPP2 *de telle sorte que le conjoint créancier reçoive, en lieu et place de la rente viagère octroyée au moment du divorce, des prestations de survivant.*

120. Le droit aux prestations n'est toutefois ouvert que *si le mariage avec le conjoint débiteur a duré dix ans au moins*²⁴¹. Il est donné *aussi longtemps que la rente aurait dû être versée selon le jugement de divorce*²⁴².

Sous l'empire de l'ancien droit, les conditions auxquelles un conjoint divorcé était assimilé à un veuf ou à une veuve et bénéficiait de prestations en cas de décès de son ex-conjoint étaient beaucoup plus floues et donnaient lieu à des controverses en doctrine²⁴³, dont certaines avaient été tranchées par le Tribunal fédéral et sont aujourd'hui intégrées à la nouvelle réglementation²⁴⁴.

121. L'intervention de l'institution de prévoyance en faveur de l'ex-conjoint de l'assuré décédé repose sur l'idée de *compenser uniquement la perte économique consécutive au décès du conjoint assuré*²⁴⁵. Dans ce sens, l'institution de prévoyance qui doit servir des prestations de survivant à l'ex-conjoint de son assuré est habilitée à *réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées aux prestations du premier pilier, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce*²⁴⁶. Conformément au principe de concordance²⁴⁷, prévalant en matière d'assurances sociales

²⁴⁰ Dans les autres hypothèses où une rente est versée, la débitrice en est l'institution de prévoyance, et la rente est versée jusqu'au décès du conjoint créancier. Lorsqu'une prestation ou une indemnité en capital est versée, le partage est intégralement exécuté à ce moment-là, et le décès du conjoint débiteur ne pénalise pas le conjoint créancier.

²⁴¹ Cf. art. 20 al. 1 let. a LPP.

²⁴² Cf. art. 20 al. 3 OPP2.

²⁴³ Cf. CPra Matrimonial-DUPONT, N 95 s.

²⁴⁴ Par exemple la question de la durée du droit aux prestations de survivant lorsque le conjoint survivant s'était vu octroyer, au moment du divorce, une rente limitée dans le temps (cf. TF 9C_35/2011 du 6 septembre 2011). L'art. 20 al. 3 OPP2 répond désormais expressément à cette question.

²⁴⁵ ATF 137 V 373. Cf. également Commentaire OPP2 (n. 97), p. 7.

²⁴⁶ Cf. art. 20 al. 4 OPP2.

²⁴⁷ En l'espèce, c'est la dimension matérielle (ou événementielle) de la concordance qui est prise en compte : on ne tient compte que des prestations sociales versées en raison du même événement, en l'espèce le décès de l'ex-conjoint.

lorsqu'il s'agit de contrôler la surindemnisation²⁴⁸ du fait de la réalisation d'un risque, *on ne tient compte que des prestations sociales versées en raison du décès*. On ne peut donc intégrer dans le calcul de surindemnisation que la part des prestations du premier pilier découlant du décès de l'ex-conjoint²⁴⁹, à l'exclusion des droits propres de l'ex-conjoint.

Une personne a droit, au décès de son ex-conjoint, à une rente de veuve AVS maximale (CHF 1'880.- par mois). Sa propre rente de vieillesse AVS se monte à CHF 1'450.- par mois. Selon les règles propres au premier pilier, elle ne peut cumuler les deux rentes, mais touche la plus élevée des deux²⁵⁰, en l'occurrence la rente de veuve. L'institution de prévoyance ne peut tenir compte, dans le calcul de surindemnisation, que de la différence entre le droit déduit du décès de l'assuré (la rente de veuve) et le droit propre (la rente de vieillesse), soit en l'espèce CHF 430.-. Si, à l'inverse, le droit propre de l'ex-conjoint est plus élevé que les prestations en cas de décès, il n'y a pas lieu de tenir compte des prestations du premier pilier dans le calcul de surindemnisation²⁵¹.

122. *Ces règles s'appliquent également lorsque l'ex-conjoint survivant ne touche pas encore de prestations de vieillesse du premier pilier*. Il est alors nécessaire d'estimer le montant de son droit propre à des prestations de vieillesse au moment où il aura atteint l'âge AVS²⁵².
123. Précisons encore que la règle exposée ci-dessus est uniquement destinée à éviter la surindemnisation de l'ex-conjoint survivant. *Elle ne permet pas, à elle seule, de calculer le droit aux prestations, qui dépend avant toute chose des dispositions légales²⁵³ et réglementaires*. Dans ce sens, l'article 20 al. 4 OPP2 ne permet pas à l'ex-conjoint survivant de

²⁴⁸ Pour une définition de la surindemnisation, cf. n. 66.

²⁴⁹ Dans le régime de l'AVS, l'octroi d'une rente de veuf ou de veuve au conjoint divorcé n'est pas automatique, mais n'intervient que si les conditions de l'art. 24a LAVS sont remplies.

²⁵⁰ Art. 24b LAVS.

²⁵¹ Art. 20 al. 4 in fine OPP2.

²⁵² Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 11 (l'exemple présenté est celui d'une veuve qui ne touche pas encore de prestations de vieillesse du premier pilier). A noter que plus l'ex-épouse est jeune, plus le calcul devrait lui être défavorable.

²⁵³ Cf. art. 21 LPP.

réclamer des prestations qui dépasseraient ce à quoi l'institution de prévoyance est légalement et réglementairement tenue.

124. A noter également que *si le divorce a été prononcé avant l'entrée en vigueur de la modification du Code civil au 1^{er} janvier 2017*, le conjoint qui s'est vu attribuer des prestations en application de l'ancien article 124 CC voit son droit à des prestations de survivant examiné selon l'ancien article 20 OPP2²⁵⁴. Si, au moment du divorce, il s'est vu allouer une rente ne prenant fin qu'avec le décès de l'un des deux ex-conjoints²⁵⁵, *il a toutefois la possibilité, dans un délai d'une année à compter du 1^{er} janvier 2017, de demander au juge du divorce²⁵⁶ qu'une rente viagère au sens du nouvel article 124a CC lui soit attribuée*. Cette possibilité n'est ouverte que si, au moment de la demande, le conjoint débiteur est encore en vie et perçoit une rente de vieillesse ou une rente d'invalidité après avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite²⁵⁷. Si le conjoint concerné a saisi cette opportunité, son droit aux prestations de survivant est examiné à l'aune du nouvel article 20 OPP2²⁵⁸.

c) Le cas particulier des avoirs de prévoyance à l'étranger

125. Lorsque l'un des conjoints détient des avoirs de prévoyance à l'étranger, le partage de ces avoirs peut se révéler impossible. L'impossibilité peut découler, d'une part, de ce que *le divorce n'est pas soumis au droit suisse et de ce que le droit étranger ne prévoit pas le partage des avoirs de la prévoyance professionnelle* en cas de divorce, ou bien de ce que le jugement suisse ordonnant le partage d'avoirs situés à l'étranger (en

²⁵⁴ Disposition transitoire de la modification du 10 juin 2016 de l'OPP2. Sur les conditions de l'ancien droit, cf. CPra Matrimonial-DUPONT, Annexe II N 95 s.

²⁵⁵ Si le jugement de divorce prévoit une rente limitée dans le temps, cette possibilité n'est pas ouverte (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4376).

²⁵⁶ La demande doit être présentée auprès du tribunal qui a prononcé le jugement de divorce ou qui a ratifié la convention sur les effets du divorce (FF 2013 4341 ss, p. 4376). Si c'est un tribunal étranger qui a alloué une indemnité équitable au sens de l'ancien art. 124 CC, la demande peut être présentée devant un tribunal suisse si les conditions d'un for en Suisse sont remplies selon les art. 59 et 60 LDIP (art. 7e al. 2 Tit. fin. CC).

²⁵⁷ Art. 7e al. 1 Tit. fin. CC. Cf. également FF 2013 4341 ss, p. 4376.

²⁵⁸ Cf. Commentaire OPP2 (n. 97), p. 15.

application du droit suisse ou étranger) *ne peut être exécuté dans le pays de l'institution de prévoyance.*

Jusqu'au 31 janvier 2016, le divorce jugé en Suisse et ses effets accessoires pouvaient être soumis au droit suisse ou, à certaines conditions, au droit étranger²⁵⁹. Si le droit suisse était applicable, les avoirs détenus à l'étranger devaient être pris en considération pour le partage de la prévoyance. Si les effets accessoires du divorce étaient soumis au droit étranger, la prévoyance était répartie – ou non – selon les règles du droit applicable²⁶⁰. Si l'exécution concrète du partage n'était pas possible ou si les avoirs ne pouvaient pas être partagés selon les règles du droit étranger, on recourait à l'indemnité équitable de l'article 124 aCC.

126. Les nouveaux articles 61 et 63 al. 2 LDIP résolvent l'une de ces deux difficultés en soumettant désormais au droit suisse exclusivement tous les divorces qui se déroulent en Suisse, de même que leurs effets accessoires. Cette modification avait principalement pour objectif de rendre le droit suisse applicable, dans tous les cas, au partage de la prévoyance professionnelle²⁶¹. Cela signifie que *les avoirs de prévoyance détenus par les époux à l'étranger seront désormais intégrés dans tous les cas au partage de la prévoyance selon les articles 122 ss CC.*
127. Ce n'est donc plus *que si le partage de ces avoirs n'est concrètement pas possible, faute pour le jugement suisse de pouvoir être exécuté à l'étranger, que l'on recourra à l'indemnité équitable*, en capital ou en rente, prévue par l'article 124e CC²⁶².

²⁵⁹ Art. 61 et 63 al. 2 aLDIP (loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP ; RS 291]. L'abréviation « aLDIP » fait référence à la loi dans sa teneur au 31 décembre 2016. L'abréviation « LDIP » fait référence au texte en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017) s. Ces dispositions prévoyaient, respectivement, que le divorce était régi par le droit suisse, à moins que les époux n'aient une nationalité étrangère commune et qu'un seul d'entre eux soit domicilié en Suisse, auquel cas leur droit national commun était applicable, et que le droit applicable au divorce régissait aussi les effets accessoires (RO 1988 1776), au nombre desquels figure le partage de la prévoyance professionnelle (cf. FF 2013 4341 ss, p. 4350).

²⁶⁰ Cf. ATF 134 III 661.

²⁶¹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4379. Cf. également p. 4351 s.

²⁶² FF 2013 4341 ss, p. 4375. Sur la possibilité pour le juge, toutefois, de renvoyer le partage de la prévoyance à une procédure séparée si des prétentions de prévoyance à l'étranger sont concernées et qu'une décision relative au partage de celles-ci peut être obtenue dans l'Etat en question, cf. art. 283 al. 3 CC et FF 2013 4341 ss,

128. Partant du principe que le partage effectif de savoirs de prévoyance est toujours une solution préférable au palliatif de l'indemnité équitable²⁶³, le législateur a prévu la possibilité pour le juge suisse de réviser le jugement de divorce en levant les mesures ordonnées en application de l'article 124e CC lorsque, postérieurement au jugement de divorce suisse, un jugement étranger procède au partage des avoirs. Peu importe que ce jugement ait été rendu par le pays dans lequel les avoirs de prévoyance sont situés ou par la justice d'un Etat tiers. Seul est déterminant l'effet contraignant du jugement pour l'institution de prévoyance étrangère²⁶⁴.
129. Il tombe sous le sens que l'adaptation du jugement de divorce suisse permise par l'article 124e al. 2 CC sera plus aisée si le paiement de l'indemnité équitable a été convenu par le biais d'une rente plutôt que par le paiement d'un capital. Dans ce dernier cas, il faudra s'assurer que le conjoint qui a reçu l'indemnité en capital dispose encore des fonds suffisants pour les restituer, tout ou partiellement.
130. S'agissant d'un jugement de divorce prononcé à l'étranger sur la prévoyance constituée en Suisse, il ne sera pas reconnu dès lors que le nouveau droit prévoit désormais la compétence exclusive des tribunaux suisses pour connaître du partage d'avoirs de prévoyance situés en Suisse²⁶⁵. Une procédure complémentaire en Suisse sera donc nécessaire²⁶⁶.

III. Quelques questions particulières

131. La présentation des nouvelles règles de partage de la prévoyance en cas de divorce mérite que l'on s'attarde spécifiquement sur quelques points dont certains ont été effleurés dans les lignes qui précèdent, mais nécessitent quelques explications complémentaires. Il s'agit des questions liées à la transition temporelle entre ancien et nouveau droit (A), de la problématique spécifique de la survenance d'un cas de

p. 4378.

²⁶³ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4375.

²⁶⁴ Cf. art. 124e al. 2 in fine CC.

²⁶⁵ Art. 63 al. 1^{bis} LDIP. Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4379 s. Cf. également CPra-Matrimonial-OTHENIN-GIRARD, Annexe Ie N 136.

²⁶⁶ Cf. également GEISER (n. 9), p. 1385.

prévoyance en cours d'instance (B) et de la volonté du législateur d'assurer désormais, dans les opérations de partage, un parfait parallélisme entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire (C).

132. Nous souhaitons ensuite relever ce qui, à notre avis et en l'état actuel de la révision, devrait constituer l'un de ses plus grands points faibles, à savoir le sort des enfants et les possibles inégalités de traitement entre eux (D).

A. Le droit transitoire

133. Sous l'angle du droit transitoire, la principale question qui occupe l'esprit des praticiens est celle de savoir à quel régime seront soumises les procédures en cours au moment de l'entrée en vigueur de la modification du Code civil.
134. D'un point de vue procédural, l'article 7d du Titre final du Code civil prévoit, à cet égard, que *les procès en divorce pendants devant une instance cantonale sont soumis au nouveau droit* dès l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015²⁶⁷. Le début de la litispendance est fixé, conformément aux règles du Code de procédure civile²⁶⁸, par le dépôt de la requête en divorce ou de la requête commune²⁶⁹.

Cela signifie que si la procédure est pendante en première instance au 1^{er} janvier 2017, le tribunal de première instance devra statuer selon le nouveau droit. Cela nécessitera vraisemblablement de sa part des mesures d'instruction complémentaires, notamment pour obtenir des institutions de prévoyance des informations actualisées²⁷⁰ et conformes aux nouveaux articles 24 al. 3 LFLP et 19k OLP²⁷¹. Dans tous les cas, le respect du droit d'être entendu commande que les parties se voient impartir un délai pour se déterminer sur l'influence de l'entrée en vigueur du nouveau droit sur leurs

²⁶⁷ Art. 7d al. 2 Tit. fin. CC.

²⁶⁸ Art. 62 et 198 let. c CPC.

²⁶⁹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4375.

²⁷⁰ C'est-à-dire qu'elles devront indiquer les avoirs à la date de l'introduction d'instance. Si les parties se sont entendues sur une autre date (antérieure ou postérieure, cf. N 75), le juge doit à notre sens expressément les interpeller sur ce point.

²⁷¹ Il s'agit principalement de connaître la part obligatoire (LPP) de l'ensemble de la prévoyance (cf. N 144 ss), mais aussi le montant présumé des rentes de vieillesse et, cas échéant, le calcul de surindemnisation.

prétentions respectives dans le cadre du partage de la prévoyance. Dans ce sens, l'art. 407b al. 2 CPC prévoit que les parties peuvent présenter de nouvelles conclusions sur les questions touchées par la modification législative.

Si le jugement de première instance a été rendu avant le 1^{er} janvier 2017, mais que le délai d'appel arrive à échéance après cette date, l'appel peut être formé pour des motifs tenant au nouveau droit. Le tribunal de seconde instance statuera sur l'appel en appliquant le nouveau droit.

Enfin, si l'appel a été formé avant l'entrée en vigueur avant le 1^{er} janvier 2017, le tribunal de seconde instance devra statuer en application du nouveau droit, ce qui impliquera vraisemblablement la même nécessité de complément que pour le juge de première instance.

135. De son côté, *le Tribunal fédéral* appliquera l'ancien droit si le jugement de dernière instance cantonale a été prononcé avant le 1^{er} janvier 2017. En cas de renvoi à l'autorité cantonale, celle-ci poursuivra la procédure en application de l'ancien droit²⁷².
136. L'intention du Conseil fédéral étant de soumettre la modification du 19 juin 2015 aux mêmes règles de droit transitoire que celles qui se sont appliquées à l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce en 2000²⁷³, on peut en déduire que *la modification des jugements de divorce* rendus selon l'ancien droit restera régie par ce dernier²⁷⁴. Cette question devrait toutefois rester plutôt théorique s'agissant du partage de la prévoyance professionnelle.
137. Les questions de droit transitoire en lien avec la modification des règles de *droit international privé* ont été traitées ci-dessus²⁷⁵, de même que la possibilité, pour les conjoints bénéficiaires d'une rente viagère en application de l'ancien article 124 CC, de demander sa *conversion en rente viagère au sens du nouvel article 124e CC*²⁷⁶.

²⁷² Art. 7d al. 3 Tit. fin. CC.

²⁷³ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4375.

²⁷⁴ Cf. art. 7a al. 3 Tit. fin. CC.

²⁷⁵ N 125.

²⁷⁶ N 124.

B. Le cas de prévoyance survenant en cours d'instance

138. La date déterminante pour le partage de la prévoyance professionnelle étant désormais le moment de l'introduction de la procédure de divorce²⁷⁷, il faut imaginer l'éventualité de la *survenance d'un cas de prévoyance (invalidité ou vieillesse) en cours d'instance*. Une telle situation a ceci de particulier que le partage sera effectué sur la base d'un état de fait qui aura n'existera plus au moment où le jugement de divorce entrera en force et où l'institution de prévoyance devra exécuter le partage.
139. *La survenance d'un cas de prévoyance « vieillesse » en cours d'instance a reçu une solution expresse par voie d'ordonnance. L'article 19g al. 1 LFLP prévoit que si le conjoint débiteur atteint l'âge de la retraite pendant la procédure, l'institution de prévoyance peut²⁷⁸ réduire la prestation de sortie à partager, ainsi que la rente de vieillesse. Cette réduction est toutefois plafonnée au montant dont les prestations auraient été amputées si elles avaient directement pu être calculées sur la base de l'avoir de vieillesse réduit²⁷⁹.*
140. Le même raisonnement s'applique *si le conjoint touche une rente d'invalidé au moment de l'ouverture de la procédure de divorce et atteint l'âge de la retraite en cours d'instance*. La période de référence pour calculer réduction est toutefois légèrement différente²⁸⁰.

²⁷⁷ Cf. N 13.

²⁷⁸ Elle n'a pas l'obligation de le faire et peut notamment y renoncer « lorsque le calcul nécessaire occasionne des charges disproportionnées par rapport aux avantages financiers d'une réduction pour l'institution de prévoyance ou le collectif d'assuré » (Commentaire OPP2 [n. 97], p. 18), ce qui signifie que le juge du divorce devra, en pareil cas, interpellé l'institution de prévoyance concernée afin qu'elle fasse connaître ses intentions.

²⁷⁹ Le Commentaire OPP2 (n. 97) donne un exemple très clair à ce sujet (cf. p. 18).

²⁸⁰ Cf. art. 19g al. 2 OLP et le Commentaire OPP2 (n. 97), p. 19.

141. Dans les deux cas, *la réduction est supportée à parts égales par les deux conjoints*²⁸¹ et peut porter tant sur la prestation de sortie à transférer que sur la rente versée au conjoint rentier²⁸².
142. Notons que *si c'est le conjoint créancier qui atteint l'âge de la retraite ou qui devient invalide en cours de procédure*, ce sont uniquement les modalités de l'exécution du paiement qui sont touchées²⁸³.
143. Il en ira de même, a priori, *si un cas d'invalidité survient en cours d'instance*, hypothèse qui n'est pas expressément réglée par la loi. Dans ce cas, le montant à partager sera toujours celui de la prestation de sortie acquise au jour de l'introduction de la procédure de divorce. Si le conjoint désormais rentier est débiteur du partage, l'exécution devrait en principe s'opérer selon les mêmes règles que pour un conjoint rentier au moment de l'introduction de la procédure de divorce (art. 124 CC)²⁸⁴.

C. Le parallélisme entre la prévoyance obligatoire et la prévoyance surobligatoire

144. Dans l'idée de garantir autant que possible aux conjoints qui divorcent une prévoyance de même qualité²⁸⁵, il n'était plus possible, dans l'esprit du législateur, de laisser l'institution de prévoyance décider elle-même de la source et de l'affectation des avoirs transférés, *entre part obligatoire et part surobligatoire de la prévoyance*²⁸⁶. La marge de manœuvre dont elles disposaient sous l'ancien droit ne permettait en effet pas de s'assurer que les époux soient traités de manière égale, puisqu'il est impossible de contrôler la rémunération des avoirs de la

²⁸¹ Cf. art. 19g al. 1 in fine OLP.

²⁸² Selon les bases actuarielles de l'institution de prévoyance (cf. Commentaire OPP2 [n. 97], p. 18 s. et n. 11).

²⁸³ Cf. N 105 ss.

²⁸⁴ Cf. N 103.

²⁸⁵ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4349.

²⁸⁶ Cf. N 4.

prévoyance surobligatoire et le taux de conversion de ces avoirs en rente²⁸⁷.

145. Le nouveau droit *impose désormais aux institutions de prévoyance de consigner clairement, pour chaque assuré, la part de la prévoyance obligatoire* par rapport à l'ensemble de la prévoyance, y compris en cas de versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement et de transfert de la prévoyance en cas de divorce²⁸⁸. Ces informations doivent être transmises d'office en cas de changement d'institution de prévoyance. A défaut, la nouvelle institution a l'obligation de se renseigner.
146. Dès lors, *toute opération sur les avoirs de prévoyance d'un assuré doit désormais être effectuée proportionnellement* sur la prévoyance obligatoire et sur la prévoyance surobligatoire. Avant toute question de partage, cela vaut déjà pour la rémunération des avoirs de prévoyance²⁸⁹, les versements anticipés dans le cadre de l'encouragement à la propriété et leur remboursement²⁹⁰ ou la perte d'intérêts y relative²⁹¹.
147. Au moment du partage de la prévoyance à l'occasion d'un divorce, *la proportion entre avoirs au sens de l'art. 15 LPP (part obligatoire) et prévoyance surobligatoire doit être conservée*, aussi bien pour le transfert de la prestation de sortie que pour le transfert de la rente viagère²⁹². De son côté, l'institution de prévoyance bénéficiaire doit créditer les montants qu'elle reçoit en respectant cette même proportion²⁹³. La

²⁸⁷ Cf. également M 04.3331 Rechsteiner Rudolf (PS/CN) « Deuxième pilier. Obligation de faire mention des prestations obligatoires et surobligatoires ».

²⁸⁸ Cf. art. 15a OPP2.

²⁸⁹ Cf. art. 16 OPP2.

²⁹⁰ Cf. art. 30d al. 6 LPP. Cf. également art. 20a de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL ; RS 831.411).

²⁹¹ Cf. art. 22a al. 3 LFLP.

²⁹² Cf. art. 22c al. 1 LFLP.

²⁹³ Cf. art. 22c al. 2 LFLP.

traçabilité de l'information doit être assurée²⁹⁴. Tant l'assuré que le juge du divorce y ont accès sur simple demande²⁹⁵.

148. *S'il n'est pas possible de déterminer la part de l'avoir obligatoire par rapport à l'ensemble de l'avoir de prévoyance, « est réputé comme tel le montant maximal que l'assuré aurait pu constituer jusqu'à la date de détermination en vertu des dispositions légales minimales », ce montant ne pouvant naturellement pas être plus élevé que la totalité des avoirs effectivement disponibles auprès de l'institution de prévoyance*²⁹⁶.

D. Les inégalités de traitement des enfants

149. L'un des problèmes importants posés par la modification des règles de partage de la prévoyance est la possibilité d'inégalités de traitement qu'elle engendre entre les enfants du conjoint débiteur du partage.
150. *L'inégalité entre les enfants nés de l'union que le divorce tend à dissoudre et les enfants nés d'une autre union, postérieure, était déjà chose connue sous l'ancien droit. En effet, si les prestations d'invalidité ou en cas de décès servie par l'institution de prévoyance du parent débiteur du partage étaient affectées par ce dernier*²⁹⁷, il en va de même pour les rentes pour enfant, complémentaires à la rente d'invalidité, ou pour les rentes de survivant, en l'occurrence les rentes d'orphelin.
151. Le nouveau droit crée désormais la *possibilité d'inégalités au sein des enfants nés de la même union*, dans l'hypothèse d'un parent au bénéfice d'une rente d'invalidité ou de vieillesse au moment de l'introduction de la procédure de divorce. Si ce parent est débiteur à l'issue du partage, sa rente (s'il a atteint l'âge réglementaire de la retraite) ou sa prestation de sortie hypothétique sera en principe partagée, de sorte que le montant de la rente qui lui est versée risque d'être diminué.

²⁹⁴ Cf. art. 22c al. 4 LFLP. Cf. également art. 27i al. 1 let. a OPP2.

²⁹⁵ Cf. art. 24 al. 3 let. b LFLP. En revanche, le conjoint de l'assuré ne peut pas obtenir cette information directement. Il devra donc passer par une réquisition en procédure si l'assuré ne lui transmet pas cette information spontanément.

²⁹⁶ Cf. art. 15b al. 1 OPP2 (cf. art. 15 al. 4 LPP).

²⁹⁷ Cf. N 23.

152. *Si, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, le droit à la rente complémentaire pour enfant existe déjà, le droit à cette rente sera maintenu et son montant restera le même. Si le parent vient ensuite à décéder, la rente d'orphelin sera calculée sur les mêmes bases que la rente pour enfant, donc sur la base de la rente, respectivement de la prestation de sortie non réduites du parent décédé²⁹⁸. Cela vaut tant lorsque la rente pour enfant complète une rente d'invalidé ou une rente de vieillesse²⁹⁹.*
153. *A contrario, si le droit à une rente complémentaire pour enfant n'existe pas au moment de l'introduction de la procédure de divorce, mais naît postérieurement, son montant sera calculé sur la base de la prestation de sortie ou de la rente réduite³⁰⁰. Si le droit à la rente complémentaire naît pendant la listispendance, le montant sera rectifié rétroactivement³⁰¹.*
154. *On peut ainsi imaginer la situation d'une femme enceinte du troisième enfant du couple, introduisant une procédure de divorce. Les deux premiers enfants verront leur rente complémentaire calculée sur les bases « avant divorce », tandis que l'enfant à naître verra la sienne calculée sur la base des circonstances « après divorce »³⁰², donc en principe deux fois moins élevée que celle de ses frères et sœurs.*
155. *On peut aussi penser à la situation d'un couple ayant deux enfants. Le cadet, encore en âge de fréquenter l'école obligatoire, donne droit à une rente complémentaire calculée sur les bases « avant divorce »³⁰³. L'aîné, âgé de 19 ans, vient d'obtenir sa maturité et n'est pas encore très décidé quant à la suite de sa formation. Il prend une année sabbatique, durant laquelle ses parents introduisent une procédure de divorce. Lorsque cet enfant reprendra une formation, le droit à la rente complémentaire*

²⁹⁸ Cf. art. 21 al. 4 LPP.

²⁹⁹ Cf. art. 17 al. 2 et 25 al. 2 LPP.

³⁰⁰ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4385 et 4386.

³⁰¹ Cf. FF 2013 4341 ss, p. 4385.

³⁰² Le droit à la rente pour enfant prend naissance à partir du premier jour du mois suivant sa naissance (art. 47 RAVS, applicable par analogie, cf. HÜRZELER MARC, System und Dogmatik der Hinterlassenensicherung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, Berne 2014, p. 150).

³⁰³ Cf. art. 22 al. 3 LPP.

prendra naissance³⁰⁴, rente dont le montant sera calculé sur les bases « après divorce ». Paradoxalement, l'enfant qui coûte le plus cher à ses parents est celui qui bénéficie de la rente pour enfant la moins élevée.

156. Si l'on peut espérer que les situations de ce genre seront peu fréquentes, il n'en reste pas moins qu'elles ont un *potentiel dommageable très élevé*. En plus d'être génératrices de conflits supplémentaires entre les conjoints, susceptibles de complexifier et de prolonger les procédures de divorce, elles risquent de reporter le conflit sur les enfants.
157. Il est possible que parfois, ces dégâts collatéraux puissent être *compensés par le biais des contributions d'entretien*. Ce n'est toutefois qu'un pis-aller : premièrement, il se peut que le parent concerné n'ait pas de moyens supplémentaires ; deuxièmement, il se peut qu'il ne paie tout simplement pas les contributions d'entretien³⁰⁵ ; finalement, dans l'hypothèse où le droit à la rente est reconnu après le divorce, le montant de la contribution d'entretien est réduit d'office en conséquence, pour être aligné sur celui de la rente³⁰⁶.
158. A notre avis, la solution adoptée par le législateur crée ici un hiatus qu'il n'a peut-être pas envisagé, et qui doit être corrigé rapidement.

IV. Conclusion

159. Comme tout changement, la révision des règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce génère une certaine insécurité, et nous fait presque regretter les trois dispositions du Code civil que nous avons eu quelques difficultés à apprivoiser, et qui sont aujourd'hui remplacées par les dispositions qui ont été présentées ci-dessus.
160. La densification des normes, tant dans les lois que dans les ordonnances, consacrées au partage de la prévoyance en cas de

³⁰⁴ Si tant est qu'il n'ait pas encore atteint 25 ans.

³⁰⁵ Les rentes complémentaires pour enfant peuvent, sur demande, être versées directement par l'institution de prévoyance à l'enfant (majeur) ou à l'autre parent auprès duquel il vit, ce qui contourne le risque de l'insolvabilité.

³⁰⁶ Art. 285 al. 2^{bis} CC.

- divorce augmente assurément l'impression de complexité et de difficulté à appréhender la matière d'un seul coup d'œil.
161. A terme, les choix opérés par le législateur et le degré de détail de la nouvelle réglementation devraient pourtant la rendre plus maniable. Naturellement, les singularités des situations qui y seront soumises étant infinies, leur concrétisation par les tribunaux est attendue avec impatience. On pense tout particulièrement à la précision des contours du pouvoir d'appréciation du juge, qui a désormais les coudées plus franches pour trouver, même contre le gré des époux, des solutions sur mesure.
 162. Au rang des points négatifs, nous avons relevé les difficultés qui pourraient résulter de ce que la loi limite les conventions des époux à des conditions plus restrictives que celles qui permettent au juge de déroger aux règles sur le calcul du partage. A notre avis, cet inconvénient sera rapidement corrigé en pratique lorsque, pour des raisons relevant du simple bon sens déjà, les tribunaux ratifieront les conventions qui consacrent la solution qu'ils auraient eux-mêmes adoptée s'ils avaient dû statuer d'office.
 163. Sur un autre plan, il paraît difficile de comprendre la manière dont le législateur a réglé l'impact du partage de la prévoyance pour les enfants et, d'une manière générale, en cas de décès. Si l'on comprend son souci d'optimiser la prévoyance vieillesse de l'époux, l'absence de soin pour la prévoyance décès en faveur des enfants est inquiétante, de même que la tolérance d'inégalités de traitement génératrices de conflits. S'il s'agit d'une inadvertance de sa part, la correction est urgente. Si c'est une option prise en toute connaissance de cause, il faut alors avoir à l'esprit que la nouvelle réglementation s'avérera peut-être rapidement obsolète, à une époque où les mariages se concluent de plus en plus tard et où la naissance des enfants intervient à un âge plus avancé que par le passé.
 164. L'impossibilité de prévoir et d'aménager le partage de sa prévoyance en cas de divorce, comme on peut le faire avec le régime matrimonial en adoptant un autre régime que le régime légal, ou encore en prenant des dispositions pour cause de mort, interdit à cet égard tout parallélisme dogmatique entre le partage par moitié des acquêts et le partage de la prévoyance.

Autorité parentale et prise en charge de l'enfant : état des lieux

par

Sabrina Burgat

Post-doctorante à l'Université de Neuchâtel, avocate spécialisée FSA en
droit de la famille

I. Introduction.....	108
II. L'autorité parentale	109
A. Le principe général	109
B. Les exceptions à l'attribution de l'autorité parentale conjointe.....	111
C. Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.....	112
III. L'autorisation de changer le lieu de résidence de l'enfant.....	115
IV. La garde	119
V. La garde alternée.....	121
VI. La prise en charge de l'enfant.....	122
VII. Les relations personnelles	123
VIII. Quelques remarques en guise de conclusion	128

I. Introduction

1. Le principe de l'autorité parentale conjointe indépendante de l'état civil des parents a été introduit lors de la modification du Code civil entrée en vigueur 1^{er} juillet 2014¹.
2. Désormais, l'article 296 CC prévoit que l'enfant est soumis à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère pendant sa minorité. La modification est essentielle pour les parents non mariés, qui peuvent déposer une déclaration commune concernant l'autorité parentale conjointe (art. 298a CC), de même que pour les parents divorcés, puisque le juge peut statuer sur l'autorité parentale conjointe sans l'accord des deux parents (art. 298 CC).
3. L'introduction de ce principe dans la loi a conduit à modifier parallèlement d'autres éléments « annexes », en particulier le fait que l'autorité parentale conjointe comprend le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, en application de l'article 301a CC².
4. Les nouvelles dispositions du Code civil ont été applicables immédiatement pour les procédures pendantes devant les autorités cantonales. Le Tribunal fédéral n'a appliqué l'ancien droit que lorsque la décision attaquée avait été prononcée avant l'entrée en vigueur du nouveau droit³. Pour rappel, il avait refusé d'appliquer le nouveau droit de manière anticipée⁴.
5. En présence d'un jugement relatif à l'autorité parentale rendu en vertu de l'ancien droit, les nouvelles dispositions du Code civil sont applicables en ce qui concerne les enfants et la procédure⁵.
6. Conformément au droit transitoire, si l'autorité parentale n'appartenait qu'à l'un des parents lors de l'entrée en vigueur (au

¹ RO 2014 357.

² TF 5A_847/2015 du 2 mars 2016, consid. 5.2.2 et TF 5A_202/2015 du 26 novembre 2015.

³ Voir par exemple TF 5A_985/2014 du 24 juin 2015, consid. 1.5 et TF 5A_412/2015 du 26 novembre 2015, consid. 3.2.

⁴ Voir par exemple TF 5A_616/2013 du 22 octobre 2013, consid. 5 et TF 5A_92/2014 du 23 juillet 2014, consid. 2.1.

⁵ TF 5A_781/2015 du 14 mars 2016, consid. 3.2.1.

1^{er} juillet 2014), l'autre parent pouvait dans le délai d'un an, s'adresser à l'autorité compétente pour lui demander de prononcer l'autorité parentale conjointe. Ce droit était limité pour le parent auquel l'autorité parentale avait été retirée lors du jugement de divorce, aux seuls cas dans lesquels le divorce avait été prononcé dans les cinq ans précédant la modification du 21 juin 2013 (art. 12 Tit. fin. CC).

7. En dehors de l'application du droit transitoire, des circonstances nouvelles peuvent conduire à entrer en matière sur une demande en modification du jugement de divorce. Si la question touche à l'autorité parentale, le juge qui statue après l'entrée en vigueur du nouveau droit doit examiner d'office s'il y a lieu de prononcer l'autorité parentale conjointe, sans égard au droit applicable au moment où le divorce a été prononcé⁶.
8. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur cette nouvelle réglementation⁷. La présente contribution a dès lors pour but de faire l'état des lieux de la situation, deux ans après l'entrée en vigueur des modifications légales.

II. L'autorité parentale

A. Le principe général

9. L'autorité parentale est réglée aux articles 296 ss CC. La modification des dispositions au 1^{er} janvier 2014 n'a pas introduit de définition légale de l'autorité parentale. C'est toujours l'article 301 al. 1 CC qui précise le contenu de l'autorité parentale, sans avoir subi de modification : « les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires, sous réserve de sa propre capacité ».
10. Par comparaison, l'article 1 § 2 de la Convention de la Haye de 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et

⁶ ATF 142 III 56, consid. 3.

⁷ Voir notamment ATF 141 III 472, ATF 142 III 1 et ATF 142 III 197.

de mesures de protection de l'enfant (CLaH96)⁸ définit la « responsabilité parentale » comme une notion qui comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant⁹.

11. L'autorité parentale se conçoit comme un « droit-devoir » de veiller au bien de l'enfant et d'en assurer l'éducation par la prise des décisions relatives à l'enfant¹⁰, y compris désormais, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, en application de l'article 301a al. 1 CC.
12. Ce droit-devoir incombe donc, aujourd'hui, en principe aux deux parents, indépendamment de leur état civil (art. 296 CC). En ce sens, le législateur est parti de l'idée que le bien de l'enfant commande en principe l'autorité parentale conjointe¹¹. Une dérogation à cette nouvelle règle n'est prévue que si l'attribution exclusive de l'autorité parentale à un parent est nécessaire pour protéger le bien de l'enfant (art. 298a^{ter} CC).
13. Alors que l'autorité parentale conjointe existe dès la naissance pour les parents mariés, les parents non mariés doivent déposer une déclaration commune (art. 298a CC). Cette déclaration peut être déposée auprès de l'officier de l'état civil, en même temps que la reconnaissance de l'enfant par le père, en application de l'article 298a al. 4 CC. Après la naissance de l'enfant, la déclaration est déposée auprès de l'APEA. La COPMA a prévu à cet effet un formulaire type permettant la déclaration commune¹². Il est complété par une convention permettant de régler l'attribution de la bonification pour tâches éducatives au sens de l'article 29^{sexies} LAVS, puisque ce point doit être réglé au moment de la déclaration commune, conformément

⁸ RS 0.211.231.011.

⁹ Sur la notion voir not. ANDREAS BUCHER, Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, in : La famille dans les relations transfrontalières, 7^e symposium en droit de la famille, Genève 2013, p. 30-68, 39.

¹⁰ FF 2011 8315, 8325.

¹¹ Voir également GUILLAUME CHOFFAT, Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale conjointe : une promesse déçue ?, SJ 2015 II 167 ss, 180.

¹² Voir sur le site www.kokes.ch.

aux articles 11b et 50 al. 1 let. c^{bis} OEC. En revanche, rien n'est prévu en matière de garde ou de domicile de l'enfant, puisque la loi ne pose aucune exigence à ce sujet. Force est de constater qu'en pratique pourtant, ces questions sont plus importantes pour les parents que celles relatives à l'attribution des bonifications pour tâches éducatives.

B. Les exceptions à l'attribution de l'autorité parentale conjointe

14. Malgré le principe de l'autorité parentale conjointe, le législateur a prévu que le juge peut confier l'autorité parentale exclusive à l'un des parents si le bien de l'enfant le commande, conformément à l'article 298 CC dans les procédures matrimoniales et à l'article 298b CC pour les parents non mariés.
15. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer une première fois sur les exceptions permettant de déroger au principe de l'autorité parentale conjointe, dans un arrêt du 27 août 2015¹³. Il a posé le principe selon lequel une incapacité de communication ou de coopération importante et persistante des parents justifiait l'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'un des parents, si la mesure permettait de diminuer l'impact négatif causé à l'enfant par le comportement de ses parents.
16. Cette première décision a permis de poser les critères permettant de s'écarter du principe de l'autorité parentale conjointe. Il a été ainsi établi que les conditions de l'attribution exclusive de l'autorité parentale à un seul parent devaient être moins sévères celles prévues à l'article 311 CC relatif au retrait de l'autorité parentale¹⁴.
17. D'autres arrêts ont suivi cette décision : dans un arrêt non publié du 26 novembre 2015, le Tribunal fédéral a confirmé l'attribution de l'autorité parentale à la mère en raison d'un conflit profond entre les parents. Il a notamment mis en évidence les critiques du père à l'égard de la mère et ses capacités éducatives¹⁵. Le critère de la stabilité des relations parents-enfants a eu un poids prépondérant,

¹³ ATF 141 III 472.

¹⁴ ATF 141 III 472, consid. 4.

¹⁵ TF 5A_412/2015 du 26 novembre 2015.

indépendamment des fautes respectives des parents¹⁶. Dans deux arrêts ultérieurs des 25 novembre 2015¹⁷ et 25 février 2016¹⁸, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence : premièrement, la simple allégation d'un conflit futur, de même que les différends opposant les parents dans le cadre d'une procédure pendante ne justifiaient en principe pas l'attribution exclusive de l'autorité parentale à un parent¹⁹. Deuxièmement, en présence d'un blocage dû à un seul parent, l'attribution de l'autorité parentale exclusive au parent coopératif doit être examinée, même si l'autorité parentale ne doit pas être attribuée en fonction de la « faute » d'un parent, ni dans le but de punir le parent non coopératif. L'incapacité de communication et de coopération plaide pour l'attribution au parent coopératif²⁰.

18. En revanche, la distance géographique entre les parents ne constitue pas, en soi, un motif justifiant l'attribution de l'autorité parentale exclusive à un parent²¹. Cet élément constitue une amélioration de la position du parent qui voit son enfant déménager avec le parent gardien à l'étranger. En revanche, en présence de conflits entre les parents, la situation demeure incertaine et il appartient au juge d'examiner au cas par cas si le bien de l'enfant commande ou non d'attribuer l'autorité parentale exclusive à un des parents.

C. Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant

19. L'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, en application de l'article 301a al. 1 CC. Partant, les parents qui exercent en commun l'autorité parentale doivent décider ensemble chez quel parent l'enfant va « habiter ». En d'autres termes,

¹⁶ TF 5A_412/2015 du 26 novembre 2015, consid. 8.2.

¹⁷ ATF 142 III 1.

¹⁸ ATF 142 III 197.

¹⁹ ATF 142 III 1, consid. 3.3-3.6.

²⁰ ATF 142 III 197, consid. 3.7.

²¹ TF 5A_186/2016 du 2 mai 2016, consid. 4, TF 5A_89/2016 du 2 mai 2016, consid. 4, TF 5A_81/2016 du 2 mai 2016, consid. 5.

le nouveau droit de l'autorité parentale a remplacé la notion de « droit de garde » par le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

20. Le nouveau droit a ainsi introduit le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, en le distinguant de la garde de fait²².
21. Dans la majorité des cas, le lieu de résidence de l'enfant se trouve auprès du parent gardien. C'est à cet endroit également que l'enfant a son domicile au sens de l'article 25 CC. Toutefois, le domicile de l'enfant peut être différent de son lieu de résidence, par exemple lorsque l'enfant réside chez des parents nourriciers ou chez ses deux parents de manière alternative. Dans cette dernière constellation, l'enfant ne peut avoir qu'un domicile, constitué auprès de l'un ou l'autre parent auprès duquel il réside en alternance.
22. Le lieu de résidence de l'enfant ne peut être modifié que conjointement par les parents exerçant l'autorité parentale, ou sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant, en application de l'article 301a al. 2 CC. En ce sens, la nouvelle réglementation relative au changement de résidence de l'enfant place le parent n'exerçant pas la garde dans une meilleure position juridique que sous l'ancien droit, puisqu'il peut s'opposer, sous certaines conditions, au déménagement de l'enfant qui devrait suivre son parent gardien. Ce n'est que lorsque le déménagement n'a pas de conséquences sur l'exercice de l'autorité parentale ou les relations personnelles qu'un tel accord n'est pas nécessaire.
23. Le changement du lieu de résidence de l'enfant pour l'étranger requiert dans tous les cas le consentement de l'autre parent, même s'il n'en résulte pas de conséquence significative pour l'exercice de l'autorité parentale ou les relations personnelles, car ce transfert entraîne un changement de compétence des autorités en ce qui

²² TF 5A_847/2015 du 2 mars 2016, consid. 5.2.2.

concerne les intérêts de l'enfant²³. Le déménagement d'un parent à l'étranger fait, ainsi, l'objet d'une règle spéciale²⁴.

24. En principe, les autorités ne peuvent attribuer le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants à un parent, tout en maintenant l'autorité parentale conjointe, puisque dans une telle situation, un des éléments essentiels de l'autorité parentale est retiré ; cela reviendrait à vider le droit du parent détenteur de l'autorité parentale de sa substance pour le parent privé du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant²⁵.
25. Même s'il est possible d'attribuer de manière exclusive une ou plusieurs composantes de l'autorité parentale à l'un des parents, cette mesure doit demeurer l'exception²⁶. Le législateur a plutôt imaginé cette solution pour des mesures cantonnées à un thème déterminé. On peut ainsi penser aux décisions relatives au cursus scolaire ou les décisions en matière de traitement médical (non urgent). Si, dans un cas exceptionnel, l'autorité décidait de retirer à un parent le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, elle devrait par conséquent, expliquer clairement les motifs de sa décision.
26. Lorsque l'autorité est amenée à prendre une décision à la place des détenteurs de l'autorité parentale qui se trouvent en désaccord sur le lieu de résidence de l'enfant, elle est tenue d'apprécier la situation au regard du bien de l'enfant. C'est ce principe qui a guidé le Tribunal fédéral dans les différentes affaires qui lui ont été soumises en application de la nouvelle réglementation, comme nous le verrons ci-après (III).

²³ TF 5A_450/2015 du 11 mars 2016, destiné à la publication. Voir également TF 5A_985/2014 du 24 juin 2015, consid. 3.2.1 et TF 5A_847/2015 du 2 mars 2016.

²⁴ TF 5A_985/2014 du 24 juin 2015, consid. 3.2.1 qui se réfère notamment au Message, FF 2011 8315, 8345.

²⁵ TF 5A_714/2015 du 28 avril 2016, consid. 4.3.2.

²⁶ TF 5A_714/2015 du 28 avril 2016, consid. 4.3.2.

III. L'autorisation de changer le lieu de résidence de l'enfant

27. Dans la mesure où un parent détenteur de l'autorité parentale conjointe ne peut changer le lieu de résidence de l'enfant sans l'accord de l'autre parent ou une décision, il s'agit d'examiner comment le Tribunal fédéral a apprécié les cas qui lui ont été soumis sous l'empire du nouveau droit.
28. Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, quelques décisions du Tribunal fédéral avaient permis d'appréhender la position du Tribunal fédéral en matière de changement de garde lors d'un déménagement à l'étranger²⁷. Le Tribunal fédéral avait considéré, de manière abstraite, qu'un déménagement à l'étranger ne constituait pas une mise en danger de l'enfant, en particulier en présence d'enfants en bas âge et y compris lorsque l'enfant ne connaissait pas la langue du pays de destination²⁸.
29. Toujours sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral avait, notamment, refusé un changement de l'autorité parentale et de la garde pour un enfant dont la mère souhaitait déménager en Californie, son pays natal, avec son nouveau mari et leur fille née d'un deuxième lit, malgré la présence de l'enfant auprès du père pour la durée de la procédure²⁹. En revanche, dans un arrêt plus récent rendu sous l'ancien droit, mais notifié aux parties après l'entrée en vigueur du nouveau droit, le Tribunal fédéral avait confirmé un changement de garde en faveur du père en raison de la volonté de la mère de déménager à New York pour rejoindre son nouveau partenaire. Pour l'autorité de première instance, le critère de la stabilité justifiait de permettre à l'enfant de 9 ans de rester à Genève, où elle avait toujours vécu. Le critère de stabilité pour l'enfant a ainsi été déterminant³⁰.
30. Conformément à la nouvelle réglementation, le parent qui souhaite déménager et tombe, de la sorte, sous le coup de la restriction imposée par l'article 301a al. 2 CC, doit solliciter l'autorisation de

²⁷ Voir par exemple TF 5A_169/2014 du 14 juillet 2014.

²⁸ ATF 136 III 353, JT 2010 I 491, consid. 3.3.

²⁹ TF 5A_169/2014 précité du 14 juillet 2014.

³⁰ TF 5A_781/2015 du 14 mars 2016, consid. 4.2.1.

l'autorité de protection de l'enfant pour changer le lieu de résidence de l'enfant.

31. Toutefois, le fait que le parent gardien envisage de changer le lieu de résidence de l'enfant constitue un motif pour modifier la réglementation relative à la prise en charge de l'enfant³¹. Si la question se pose dans le cadre d'une procédure matrimoniale déjà pendante, le juge en charge de la procédure est toujours compétent³².
32. La procédure en modification des mesures protectrices ou du jugement de divorce est applicable lorsque la perspective du déménagement implique de modifier l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles, la prise en charge de l'enfant ou l'entretien de l'enfant, en application des articles 179 et 134 al. 3 CC. Si seule la question du droit de visite est litigieuse en sus de la question du déplacement de la résidence de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant est compétente en application de l'article 275 CC³³.
33. En cas d'incertitude sur la nécessité ou non de solliciter l'intervention de l'autorité compétente dans le cadre d'un changement de résidence de l'enfant, le parent intéressé peut solliciter des mesures provisionnelles permettant d'assurer le maintien du lieu de résidence de l'enfant jusqu'à l'issue de la procédure³⁴.
34. Le Tribunal fédéral a confirmé que lorsque le déplacement du lieu de résidence de l'enfant touche au mode de prise en charge pratiqué jusqu'alors, il existe des conséquences importantes pour l'autorité parentale au sens de l'article 301 al. 2 let. b CC, ce qui justifie d'obtenir l'autorisation de déménager³⁵. L'examen de ces « conséquences importantes » porte sur les modifications qui devront intervenir sur le mode de prise en charge ou le droit de visite de l'autre parent, en raison de la distance, notamment. Lorsque le parent va chercher

³¹ TF 5A_781/2015 du 14 mars 2016, consid. 3.2.4. Voir également TF 5A_847/2015 du 2 mars 2016, consid. 5.2.2.

³² Voir également MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5^e éd., Bâle 2014, p. 590 N 878.

³³ CPra Matrimonial-HELLE, art. 134 CC N 90.

³⁴ TF 5A_369/2012 du 10 août 2012, consid. 3.2.2.

³⁵ TF 5A_581/2015 du 11 août 2015 destiné à la publication, consid. 2.4.1.

l'enfant à la crèche ou à l'école et que le déménagement ne lui permet plus d'assurer cette prise en charge, il existe alors de telles « conséquences importantes »³⁶. Dans ce cas, l'autorité doit examiner la nécessité d'adapter la réglementation de l'autorité parentale, la garde ou le droit de visite, en même temps qu'elle se détermine sur l'autorisation de changer de lieu de résidence de l'enfant³⁷.

35. Compte tenu de la nouvelle réglementation, le parent qui décide de partir avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent ou de l'autorité compétente se rend coupable d'un déplacement illicite de l'enfant au sens de l'article 1 let. a CLaH80, respectivement d'un enlèvement d'enfant au sens de l'article 220 CP, contrairement à ce qui prévalait sous l'ancien droit.
36. Comme dans toutes les décisions relatives aux droits parentaux, la règle fondamentale qui guide l'autorité tenue de prendre une décision compte tenu du désaccord des parents est celle du bien de l'enfant, alors que les intérêts des parents sont relégués au second plan³⁸. L'autorité doit déterminer quelle solution est la plus à même de garantir le bien de l'enfant entre, d'une part, suivre le parent qui souhaite déménager ou, d'autre part, demeurer auprès du parent qui reste. La solution doit tenir compte des capacités d'adaptation de l'enfant et des autres aspects de la relation parent-enfant à la nouvelle situation à venir (prise en charge, relations personnelles, entretien, etc.)³⁹. Les circonstances concrètes du cas d'espèce, en particulier l'âge de l'enfant, sont déterminantes⁴⁰.
37. La situation de prise en charge qui prévalait jusqu'au moment du désaccord des parents constitue le point de départ de l'examen. Lorsqu'une garde partagée ou alternée prévalait et que les deux parents ont la volonté et la possibilité de continuer à prendre soin du bien de l'enfant personnellement, il faut déterminer sur la base d'autres critères quelle solution sert au mieux les intérêts de l'enfant

³⁶ TF 5A_581/2015 du 11 août 2015 destiné à la publication, consid. 2.4.1.

³⁷ TF 5A_581/2015 du 11 août 2015 destiné à la publication, consid. 2.6.

³⁸ TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.5.

³⁹ TF 5A_450/2015 du 11 mars 2016, consid. 2.6-2.8.

⁴⁰ TF 5A_450/2015 du 11 mars 2016, consid. 2.7.

(environnement familial et économique, stabilité de la situation, langue et scolarisation, besoins en termes de santé, opinion exprimée par un enfant âgé)⁴¹. A l'inverse, lorsque le parent qui souhaite déménager était celui qui prenait principalement ou exclusivement soin de l'enfant, il est en général dans l'intérêt de l'enfant de déménager avec ce parent, à moins que ce parent déménage manifestement dans le seul but d'éloigner l'enfant de l'autre parent⁴².

38. Le Tribunal fédéral semble accorder un poids particulier au fait que le pays de destination soit le pays d'origine du parent souhaitant le changement de résidence, dans lequel une partie de sa famille vit encore⁴³. Cet élément doit être mis en perspective avec les questions de connaissance par l'enfant de la langue et de la culture du pays de destination, sans négliger l'aspect économique de la situation⁴⁴. Un départ en Espagne, pays avec lequel le parent n'a pas de lien, dans lequel il se rend pour habiter avec son nouveau partenaire et dont la langue n'est parlée ni par l'enfant ni par le parent n'est pas dans l'intérêt de l'enfant⁴⁵.
39. Le déracinement culturel des enfants a été reconnu en cas de départ dans un pays dont la langue parlée est l'arabe et l'enseignement est principalement religieux, basé sur le Coran⁴⁶. Dans ce dernier cas, le Tribunal fédéral avait confirmé l'analyse de l'autorité de première instance qui avait considéré que le bien des enfants était menacé par ce départ à l'étranger⁴⁷.
40. S'il apparaît difficile de dégager une pratique claire du Tribunal fédéral, relative à l'autorisation de déménager d'un parent, il semble possible d'affirmer que le parent qui s'occupe de manière prépondérante de l'enfant est, en principe, autorisé à déménager avec l'enfant, lorsque le changement est justifié par des motifs d'ordre

41 TF 5A_945/2015 du 7 juillet 2016, consid. 2.

42 TF 5A_450/2015 du 11 mars 2016, consid. 2.7.

43 TF 5A_945/2015 du 7 juillet 2016, consid. 4.5.

44 TF 5A_945/2015 du 7 juillet 2016, consid. 4.5.

45 TF 5A_495/2015 du 7 juillet 2016, consid. 4.5.

46 TF 5A_483/2011 et 5A_504/2011 du 31 octobre 2011, consid. 3.3.

47 TF 5A_483/2011 et 5A_504/2011 du 31 octobre 2011, consid. 3.3.

professionnels ou familiaux stables, tout en garantissant le bien de l'enfant. On comprend, dès lors, que la question de l'attribution de la garde de fait devienne un enjeu principal sous l'empire du nouveau droit.

IV. La garde

41. La garde peut se définir comme le fait de vivre en communauté domestique avec l'enfant⁴⁸. Conformément à l'article 301 al. 1^{bis} CC, le parent qui détient la garde peut prendre seul les décisions courantes et urgentes ainsi que d'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable.
42. La garde est une composante de l'autorité parentale. Même en cas d'autorité parentale conjointe, la garde de l'enfant peut être attribuée à un seul des parents. Il s'agit de la garde de fait c'est-à-dire la possibilité de pouvoir s'occuper effectivement de l'enfant⁴⁹. Selon le Tribunal fédéral, un parent ne peut pas déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant⁵⁰.
43. Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, les nouvelles dispositions, sous réserve de la compétence de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a CC) ne modifient ni le contenu, ni les règles d'attribution de la garde, de sorte que les critères dégagés précédemment par la jurisprudence sous l'ancien droit restent applicables si les parents ne s'entendent pas⁵¹.
44. Pour rappel, les critères qui entrent en considération afin d'attribuer la garde de l'enfant sont les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi

⁴⁸ MEIER/STETTLER (n. 32), p. 596 N 886.

⁴⁹ TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015, consid. 4.2.2.1 et les références citées.

⁵⁰ Voir p. ex. TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015, consid. 4.2.2.1, TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.4.3.

⁵¹ Voir p. ex. TF 5A_154/2016 du 19 mai 2016, consid. 4.1, TF 5A_724/2014 du 27 mars 2015, consid. 4 et TF 5A_976/2014 du 30 juillet 2015, consid. 2.2.

qu'à favoriser les relations avec l'autre parent⁵². L'autorité doit opter pour la solution qui permet d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux, d'un point de vue affectif, psychique, moral et intellectuel⁵³. Il n'est pas arbitraire de prendre en considération l'éducation des enfants nés avant le mariage pour évaluer la capacité éducative des parents⁵⁴. En revanche, le fait qu'un parent soit momentanément sans emploi n'est pas déterminant⁵⁵.

45. Il est fréquent que les père et mère présentent des qualités équivalentes sur la base des critères évoqués, de telle sorte que le parent qui présente les meilleures disponibilités pour s'occuper personnellement de l'enfant (en travaillant par exemple à temps partiel ou en ayant des horaires équivalents aux horaires scolaires) bénéficie, en principe, d'une préférence dans l'octroi de la garde⁵⁶. En revanche, le Tribunal fédéral semble accorder un poids prépondérant au critère de la stabilité, par rapport à la disponibilité, pour s'occuper personnellement de l'enfant⁵⁷.
46. Le juge ne peut se contenter d'attribuer la garde des enfants au parent qui l'assumait pendant la procédure, mais ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités éducatives des parents sont similaires⁵⁸.
47. Dans l'examen de ces critères, le Tribunal fédéral fait preuve d'une certaine retenue et n'intervient que si le juge de l'instance inférieure s'est écarté sans motifs des principes établis par la doctrine et la

⁵² Voir sous l'ancien droit ATF 136 I 178, consid. 5.3 et le rappel sous le nouveau droit, par exemple TF 5A_847/2015 du 2 mars 2016, consid. 5.2.2 et TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015, consid. 4.2.2.1.

⁵³ Idem.

⁵⁴ TF 5A_976/2014 du 30 juillet 2015, consid. 2.6.2.

⁵⁵ TF 5A_945/2015 du 7 juillet 2016, consid. 4.5.

⁵⁶ ATF 136 I 178, consid. 5.3.

⁵⁷ TF 5A_458/2013 du 19 septembre 2013, consid. 2.1 et également TF 5A_310/2013 du 18 juin 2013, consid. 2 ; voir également PHILIPPE MEIER, Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) juillet à octobre 2013, RAMA 2013, RJ 83-13, p. 423 ss, 428.

⁵⁸ Idem.

jurisprudence, s'il s'est fondé sur des faits qui n'étaient pas déterminants ou si, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances déterminantes⁵⁹.

48. L'octroi de la garde à l'un des parents n'empêche pas que toute décision qui concerne l'enfant doive être prise en commun par les parents qui exercent l'autorité parentale conjointe, sous réserve des décisions courantes ou urgentes et des cas où l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable en application de l'article 301 al. 1^{bis} CC.

V. La garde alternée

49. La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale et prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes relativement égales⁶⁰.
50. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation relative à l'autorité parentale conjointe, l'instauration de la garde alternée ne requiert plus l'accord exprès des deux parents, mais doit se révéler conforme au bien de l'enfant et à la capacité des parents à coopérer⁶¹.
51. Avec la modification du droit à l'entretien de l'enfant qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2017, le nouvel article 298 al. 2^{ter} prévoit expressément que le juge devra examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité d'instaurer la garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demande⁶².
52. Dans une telle constellation, l'autorité devra, encore une fois, être guidée par la notion de bien de l'enfant. Pour apprécier la situation,

⁵⁹ TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015, consid. 4.2.2.2.

⁶⁰ TF 5A_345/2014 du 4 août 2014, consid. 4 et TF 5A_198/2013 du 14 novembre 2013.

⁶¹ TF 5A_527/2015 du 6 octobre 2015, consid. 4 et TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.5.

⁶² Le Tribunal fédéral a d'ores et déjà reconnu ce droit, depuis l'entrée en vigueur des règles relatives à l'autorité parentale conjointe : TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid 4.5.

les critères développés pour l'attribution de la garde pourront certainement servir de référence.

53. Le Tribunal fédéral a d'ores et déjà affirmé qu'en cas d'éloignement géographique important, la garde partagée est impossible. De même, au regard du critère de la stabilité pour l'enfant, il apparaît que la mise en œuvre d'une garde alternée en présence de parents ne présentant pas une certaine équivalence dans le taux d'activité professionnelle ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant⁶³. Il s'agira, en effet, de privilégier le maintien de la répartition des tâches qui prévalait avant la séparation, eu égard à la confiance placée par les parents dans la continuité de la vie commune⁶⁴. Ce principe n'exclut toutefois pas de prendre en compte la situation économique des parties, de même que leurs obligations respectives liées à la création d'un ménage supplémentaire après la séparation. En ce sens, la jurisprudence développée récemment par le Tribunal fédéral en matière de garde alternée constituera le point de départ de l'appréciation de ce nouvel article 298 al. 2^{ter} CC.

VI. La prise en charge de l'enfant

54. La doctrine n'est pas unanime sur la portée à donner à la notion de prise en charge de l'enfant, telle que mentionnée notamment aux articles 133 et 298a CC. Selon MEIER/STETTLER⁶⁵, il s'agit d'une pure notion de fait qui ne constitue pas un droit indépendant de la garde de fait. Selon d'autres comme BUCHER la notion peut aller au-delà de ce que l'on compte habituellement comme constituant le droit de visite et de contact⁶⁶.
55. Le Tribunal fédéral n'a pas précisé la portée de la notion de prise en charge de l'enfant. Il semble considérer que le terme de garde se réfère

⁶³ TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015.

⁶⁴ Voir TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 5.3 pour la confiance placée par les époux dans la continuité du mariage. Ce principe peut également être suivi pour les parents non mariés qui optent pour une certaine prise en charge de l'enfant dès sa naissance.

⁶⁵ MEIER/STETTLER (n. 32), p. 596 s. N 887.

⁶⁶ BUCHER (n. 9), p. 33 N 84 ss.

à la prise en charge de l'enfant, ce qui impliquerait donc une équivalence des notions⁶⁷. C'est la raison pour laquelle certains auteurs, dont GLOOR, considèrent que la notion de « garde (de fait) » devrait être supprimée au profit de la notion de « prise en charge de l'enfant ».

56. Il convient de reconnaître que la modification des règles relatives à l'autorité parentale conjointe a conduit à créer une difficulté supplémentaire relative à l'interprétation des notions de garde et de prise en charge. En pratique, les praticiens pourraient profiter de cette confusion pour favoriser un accord des parents sur le sort de l'enfant après une séparation. En effet, cette confusion n'est-elle pas l'occasion de s'écarter des luttes traditionnelles entre les parents pour obtenir « la garde » de l'enfant, au profit d'un accord relatif à la prise en charge effective de l'enfant par ses parents ou les tiers durant la semaine, les week-ends, les jours fériés et les vacances scolaires ? En accordant la priorité à la prise en charge personnelle de l'enfant par l'un ou l'autre de ses parents, d'une part, et en tenant compte du critère de la stabilité par rapport à la situation qui prévalait avant le litige, d'autre part, peut-être existe-t-il une manière de favoriser un accord des parents sur ce point, indépendamment des questions relatives au domicile de l'enfant au sens de l'article 25 CC et de son entretien au sens des articles 276 ss CC ?

VII. Les relations personnelles

57. Le parent qui ne détient pas la garde de l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec celui-ci, conformément à l'article 273 CC. La disposition est restée inchangée.
58. La nouvelle réglementation n'a pas ajouté de règles relatives à l'étendue des relations personnelles, de telle sorte que les autorités amenées à examiner cette question doivent prévoir des relations personnelles « indiquées par les circonstances », conformément à l'article 273 al. 1 CC.

⁶⁷ TF 5A_985/2014 du 24 juin 2015, consid. 3.2.1. Voir également NINO GLOOR, *Der Begriff der Obhut*, FamPra.ch 02/2015, p. 331 ss.

59. En revanche, lors de l'adoption de la réglementation en matière d'entretien, le législateur a choisi d'insister sur l'importance des relations personnelles : il a notamment introduit l'article 298 al. 2^{bis} CC qui prévoit que le juge doit tenir compte du droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents lorsqu'il statue sur la garde de l'enfant, les relations personnelles ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant. Eu égard à la jurisprudence du Tribunal fédéral développée en matière de relations personnelles, il convient de reconnaître que cette disposition ne fait que rappeler un droit qui existe déjà, mais qui devient désormais expressément mentionné dans la loi, au vu de l'importance qu'il revêt.
60. Il est aujourd'hui unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et susceptible de jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité⁶⁸. Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral, les liens de l'enfant avec les deux parents présentent des aspects positifs importants, notamment la gestion plus aisée de la séparation, la possibilité de bénéficier de modes d'éducation complémentaires, d'améliorer l'estime de soi et de bénéficier de conseils étendus au moment de la puberté ou plus tard au moment du choix de la profession⁶⁹. Ces avantages doivent prendre le pas sur les aspects négatifs de la mise en œuvre du droit de visite, liés notamment à l'agitation de l'enfant lors des premières visites ou des tensions éventuelles créées par le conflit de loyauté⁷⁰. Il est vrai toutefois qu'une limitation des contacts est admissible si elle paraît nécessaire en raison du conflit entre les parents et du conflit de loyauté qu'il provoque chez les enfants⁷¹.
61. Il existe effectivement une tendance généralisée à une extension du droit de visite, compte tenu de l'importance pour l'enfant de conserver des relations étroites avec ses deux parents⁷². En particulier,

⁶⁸ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2 et les références citées.

⁶⁹ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2.

⁷⁰ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2.

⁷¹ TF 5A_200/2015 du 22 septembre 2015, consid. 7.2.3.2.

⁷² Pour un rappel de la pratique en matière de droit de visite, ATF 139 I 315 (droit

les restrictions du droit de visite en raison de la mauvaise entente parentale ne sont pas admissibles, car elles permettraient au parent titulaire de la garde d'influer sur le droit de visite de l'autre parent⁷³. Par exemple, un droit de visite qui ne permet pas au parent une partie des vacances et certaines fêtes telles que Noël ou Pâques n'est pas dans l'intérêt de l'enfant⁷⁴. Le juge doit examiner chaque cas d'espèce et ne peut se contenter de se référer à une pratique généralisée⁷⁵.

62. La question des modalités de l'exercice du droit de visite se pose également lorsqu'un parent vit à l'étranger. Selon le Tribunal fédéral, en fonction du coût et du temps nécessaire à l'exercice du droit de visite, ainsi que des besoins des enfants, des petites visites rapprochées les week-ends seront compensées, du moins en partie, par de plus longues visites le week-end et/ou par des périodes de visite plus longues pendant les vacances⁷⁶.
63. Lorsqu'un parent souhaite exercer son droit de visite à l'étranger, notamment dans le pays d'origine, l'autorité doit examiner la question du bien de l'enfant, en cas de désaccord entre les parents. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé le refus d'autoriser le droit de visite du père à l'étranger par décision de mesures protectrices de l'union conjugale, considérant que le DFAE recommandait la prudence en cas de voyage dans le pays concerné (en l'occurrence le Liban) et qu'il existait des tensions entre parents et enfant qui commençaient à se stabiliser. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'il n'existait pas de règles permettant d'affirmer que le parent non gardien doit exercer son droit de visite dans le pays où se trouve l'enfant⁷⁷.

des étrangers). Voir également TF 5A_79/2014 du 5 mars 2015, ainsi que TF 5A_694/2014 du 24 mars 2015 où le Tribunal fédéral a admis l'exercice d'un droit de visite le lundi soir une semaine sur deux, en sus d'un samedi sur deux avec un enfant de trois ans, conformément à ce qu'exigeait le bien de l'enfant.

⁷³ ATF 139 I 315, consid. 2.3-2.4 ; TF 5A_79/2014 du 5 mars 2015, consid. 5.

⁷⁴ TF 5A_90/2013 du 27 juin 2013, consid. 3.4.2.

⁷⁵ ATF 130 III 585, consid. 2.1.

⁷⁶ TF 4A_450/2015 du 11 mars 2016, consid. 2.8.

⁷⁷ TF 5A_246/2015 du 28 août 2015, consid. 3.4.

64. Le droit aux relations personnelles comprend également le droit d'avoir des relations régulières avec les deux parents, en dehors de la garde ou du droit de visite : en particulier, les contacts téléphoniques (ou par Skype, par exemple) revêtent une importance particulière et peuvent servir à favoriser l'exercice du droit de visite⁷⁸. Il est vrai qu'en présence d'enfants en bas âge, les contacts physiques peuvent difficilement être remplacés par des contacts via des moyens de communication comme Skype et des intervalles plus fréquents de visites plus courtes sans nuit doivent être favorisés, ce qui peut être difficile à mettre en œuvre lorsque les deux parents vivent éloignés l'un de l'autre⁷⁹.
65. Pour la fixation des modalités des relations personnelles, l'autorité doit se fonder sur le bien de l'enfant. A ce titre, le Tribunal fédéral a rappelé que le bien de l'enfant ne se déterminait pas seulement en fonction de son point de vue subjectif, ni en fonction de son bien-être momentané, mais également de manière objective en prenant en compte son évolution future⁸⁰.
66. La réglementation du droit de visite ne saurait dépendre seulement de la volonté de l'enfant : la position de l'enfant constitue un critère parmi ceux que le juge doit prendre en compte pour statuer sur le sort de l'enfant en cas de désaccord entre ses parents⁸¹.
67. Selon le Tribunal fédéral, si le juge suivait systématiquement la volonté de l'enfant, les notions de bien de l'enfant et son avis seraient mis sur un pied d'égalité qui n'a pas lieu d'être, notamment en raison du conflit de loyauté dans lequel peut se trouver l'enfant⁸².
68. Pour apprécier le poids qu'il convient d'accorder à l'avis de l'enfant, divers facteurs doivent être pris en compte, à savoir : son âge, sa

⁷⁸ ATF 142 III 1, consid. 3.4.

⁷⁹ TF 5A_450/2015 du 11 mars 2016, consid. 2.8.

⁸⁰ TF 5A_341/2008 du 23 décembre 2008, consid. 4.3 et TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2.

⁸¹ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2.

⁸² TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2.

capacité à se forger une volonté autonome, ainsi que la constance de son avis⁸³.

69. Lorsque l'enfant adopte une attitude défensive envers le parent qui n'en a pas la garde, il faut, dans chaque cas particulier, identifier les motifs de l'enfant et examiner si le droit de visite est susceptible de porter atteinte à son intérêt⁸⁴.
70. Le Tribunal fédéral a précisé que la restriction du droit de visite était une mesure peu apte à résoudre le conflit de loyauté de l'enfant⁸⁵.
71. Le Tribunal fédéral a précisé que « l'ennui inassouvi du parent absent » est susceptible de causer des conséquences psychiques très graves et néfastes pour l'enfant⁸⁶. En ce sens, le conflit parental ne peut, en principe, pas conduire à supprimer l'exercice du droit de visite.
72. Selon le Tribunal fédéral, les visites au parent sont susceptibles de « détendre l'atmosphère » lorsqu'elles sont conçues de manière judicieuse et qu'elles sont répétées, car chaque nouvelle visite contribue à réduire les effets de la situation conflictuelle, pour autant que les parents s'efforcent de ne pas exprimer leurs désaccords à l'occasion de ces visites⁸⁷.
73. En revanche, lorsque l'enfant est proche de la majorité, le juge doit, en principe, respecter le refus de l'enfant, en particulier lorsque l'enfant exprime le refus de manière claire et répétée. Dans une telle situation, le juge ne tranche pas uniquement sur la base du refus de l'enfant, mais au regard de son bien. En ce sens, le juge doit s'assurer que l'enfant est conscient des éventuelles conséquences d'un refus unilatéral sur les contributions d'entretien dès la majorité⁸⁸.

⁸³ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2 et les références citées.

⁸⁴ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2 et les références citées.

⁸⁵ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2 et les références citées.

⁸⁶ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2.

⁸⁷ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.2.

⁸⁸ TF 5A_367/2015 du 12 août 2015, consid. 5.1.3.

VIII. Quelques remarques en guise de conclusion

74. Les modifications relatives à l'autorité parentale conjointe ont été introduites, d'une part pour favoriser une meilleure égalité entre hommes et femmes dans ce domaine et d'autre part, afin d'instaurer des règles indépendantes de l'état civil des parents.
75. Les modifications légales sont à saluer, même si elles sont restées « prudentes », si l'on pense notamment au fait que le législateur n'a pas opté pour une autorité parentale conjointe « automatique » qui aurait existé au moment de l'établissement de la filiation paternelle, puisque les parents non mariés doivent déposer une déclaration conjointe au sens de l'article 298a CC.
76. Cette prudence se reflète également au travers de la jurisprudence fédérale, qui n'a pas limité les cas de refus de l'autorité parentale conjointe aux seuls cas prévus à l'article 311 CC, mais a inclus les cas de conflit sérieux et durable entre les parents ou une incapacité persistante à communiquer⁸⁹. Il existe dès lors encore une marge de progression pour favoriser le principe général de l'autorité parentale conjointe.
77. Une marge de progression en matière d'égalité entre hommes et femmes existe également, si l'on se réfère à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux critères permettant de trancher le sort de l'enfant. En effet, tant le critère de stabilité que le critère de la disponibilité personnelle du parent pour s'occuper personnellement de l'enfant conduisent à attribuer le plus souvent l'enfant à la mère. Ces critères sont justes, car ils respectent l'intérêt de l'enfant à bénéficier de l'environnement le plus proche de celui qui existait avant la séparation de ses parents. Les critiques en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes en cas de séparation ou de divorce ne devraient ainsi pas porter sur la réglementation et la pratique des tribunaux suisses, mais bien plutôt sur la manière dont un couple choisit de se répartir les tâches au moment de la naissance d'un enfant. Aussi longtemps que les conditions telles que le marché du travail ou la réglementation en matière d'assurances sociales (congé

⁸⁹ ATF 141 III 472, consid. 4.6.

maternité) ne garantiront pas l'égalité de traitement entre hommes et femmes, les femmes continueront d'être en majorité celles qui arrêtent de travailler ou diminuent leur temps de travail à la naissance des enfants. Cette inégalité ne pourra que se refléter sur l'attribution des enfants au moment d'une séparation ou d'un divorce.

78. En ce sens, le pas vers l'égalité peut être salué à travers l'introduction dans la loi, du principe selon lequel le juge examine selon le bien de l'enfant, la possibilité d'instaurer la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant le demande. Il ne s'agit pas d'une réelle nouveauté, puisque le Tribunal fédéral avait déjà admis que le juge devait examiner l'opportunité de prononcer la garde partagée lorsqu'il est amené à trancher un litige relatif au sort d'un enfant⁹⁰. Cela étant, les critères développés par la jurisprudence en matière d'attribution des enfants resteront applicables malgré l'introduction de ce nouvel article 298 al. 2^{ter} CC. Partant, le critère de la stabilité restera tout aussi déterminant dans l'appréciation des situations. D'où l'importance, pour les parents, de réfléchir dès la naissance de l'enfant aux conséquences du choix relatif au partage des tâches au sein de la communauté de vie.

⁹⁰ TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.5.

Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre

par

François Bohnet*

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction	31
II. Procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille	31
A. Généralités	31
B. Elargissement du champ d'application	32
1. Audition des parents	32
2. Exhortation à la médiation	33
3. Audition de l'enfant	33
4. Représentation de l'enfant	33
C. Indications devant figurer dans la convention d'entretien ou dans la décision fixant les contributions d'entretien	35
D. Demande d'aliments et action en paternité	37
1. Compétence	37
2. Conciliation préalable	38

* L'auteur remercie Me Guillaume Jéquier, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat, pour l'aide apportée dans la préparation du présent article.

III. Autres dispositions de procédure.....	39
A. Droit de refus de collaborer des conseillers conjugaux ou familiaux.....	39
B. Frais de la médiation	39
IV. Mise en œuvre du nouveau droit.....	40
A. Procédures en cours au 1 ^{er} janvier 2017.....	40
B. Modification des contributions d'entretien.....	42
C. Aide au recouvrement.....	43
D. Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance.....	43
E. Suspension du délai de prescription.....	44
V. Bibliographie.....	45

I. Introduction

1. L'adaptation du droit de la famille aux réalités contemporaines passe par une modification non seulement du droit matériel, mais également du droit de procédure qui permet sa mise en œuvre. Une meilleure prise en compte des intérêts de l'enfant suppose aussi une amélioration de sa position procédurale. Celle-ci a débuté avec le nouveau droit du divorce entré en vigueur au 1^{er} janvier 2000¹. Elle a été poursuivie par l'adoption du nouveau droit de la protection de l'enfant en vigueur au 1^{er} janvier 2013² puis complétée par la révision du droit de l'autorité parentale qui s'applique depuis le 1^{er} juillet 2014³. Elle est en quelque sorte achevée par l'adoption de règles identiques pour toute procédure portant sur l'entretien de l'enfant, en force dès le 1^{er} janvier 2017⁴.
2. Dans les pages qui suivent, nous allons examiner les différents aspects de la réforme du droit de l'entretien ayant une incidence en matière procédurale et sur la mise en œuvre du nouveau droit. Il s'agira donc d'un exposé limité aux nouveautés et non d'une présentation générale des procédures du droit de la famille concernant les enfants. Une attention particulière sera portée aux incidences du nouveau droit pour les praticiens.

II. Procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille

A. Généralités

3. Afin de tenir compte du besoin de protection de l'enfant impliqué dans des affaires de droit de la famille, le Code de procédure civile suisse a réuni quelques dispositions spécifiques pour ce domaine dans le *titre 7* de sa deuxième partie consacrée aux diverses procédures.
4. Ce titre comprend *quatre chapitres*. Le premier porte sur les dispositions générales, qui sont au nombre de deux. La première (art. 295 CPC)

¹ Modification du 26 juin 1998, RO 1999 118.

² Modification du 19 décembre 2008, RO 2011 725.

³ Modification du 21 juin 2013, RO 2014 357.

⁴ Modification du 20 mars 2015, RO 2015 4299.

prévoit que la *procédure simplifiée* s'applique aux procédures indépendantes (d'une procédure matrimoniale). La seconde (art. 296 CPC) impose la *maxime inquisitoire* et la *maxime d'office*. Viennent ensuite un chapitre 2 traitant essentiellement des droits procéduraux de l'enfant en procédure matrimoniale, un chapitre trois délimitant le champ d'application de la procédure sommaire et un chapitre quatre prévoyant quelques règles en matière de demande d'aliment et d'action en paternité.

5. La révision du 20 mars 2015 élargit les droits procéduraux de l'enfant en les généralisant et clarifie la compétence en matière de demande d'aliment.

B. Elargissement du champ d'application

6. Un aspect important de la réforme sous l'angle du droit de procédure est l'élargissement sensible des droits procéduraux de l'enfant dans les affaires de droit de la famille. Alors que selon le texte actuel, seul deux dispositions sont de caractère général (art. 295 et 296 CPC), dès le 1^{er} janvier 2017, l'enfant, qu'il soit de *parents mariés ou non mariés*, bénéficie des droits procéduraux inscrits aux articles 297 à 301a CPC. Les dispositions générales réunissent ainsi les articles 295 à 301a CPC, les chapitres 3 et 4 devenant les chapitres deux et trois.

1. Audition des parents

7. Le principe de l'audition des parents (art. 297 al. 1 CPC) va s'appliquer d'une manière générale, dans le champ d'application du CPC. Dès le 1^{er} janvier 2017, ce sont non seulement les questions d'autorité parentale, d'attribution de la garde, de relations personnelles, de contributions d'entretien dues à l'enfant mineur dans le cas d'une procédure de droit matrimonial, mais également les litiges portant sur les *contributions d'entretien d'enfants de parents non mariés* fondées sur l'article 279 CC qui seront concernées⁵.

⁵ Message concernant la révision du Code civil suisse (Entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013, FF 2014 511 (ci après : Message Entretien de l'enfant), p. 566.

2. Exhortation à la médiation

8. Quant à exhorter les parents à tenter une médiation (art. 297 al. 2 CPC), cette démarche est désormais envisageable non seulement dans les procédures de droit matrimonial, mais également en matière d'*entretien de l'enfant de parents non mariés* et en matière d'action en *paternité*. Rappelons que selon la jurisprudence, l'autorité de protection de l'enfant peut, en se fondant sur l'article 307 al. 3 CC (en lien désormais avec l'article 314 al. 2 CC), ordonner une médiation contre la volonté d'un parent⁶.

3. Audition de l'enfant

9. Le principe de l'audition de l'enfant (art. 298 CPC ; art. 314a CC devant l'autorité de protection de l'enfant) vaut désormais également pour l'*entretien de l'enfant de parents non mariés*. L'audition de l'enfant constitue à la fois un droit de participation de celui-ci à la procédure qui le concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits⁷. A cet égard, la portée de la nouveauté est restreinte, tant il est vrai que ce ne sont pas les questions financières qui devraient être spécifiquement abordées, avec les jeunes enfants à tout le moins⁸.
10. A noter que l'article 12 CDE garantit à chaque enfant le droit d'exprimer son avis dans toute procédure le concernant, dans la mesure où il est capable de se forger une opinion propre, ce qui correspond à la notion de discernement au sens de l'article 16 CC⁹.

4. Représentation de l'enfant

11. La représentation de l'enfant (art. 299-300 CPC ; 146 aCC)¹⁰ n'est plus limitée aux questions d'attribution de l'autorité parentale, de la garde et

⁶ TF 5A_457/2009, RSPC 2010 143.

⁷ TF 5A_402/2011, RSPC 2012 231.

⁸ L'audition d'un enfant est possible dès qu'il a atteint l'âge de six ans révolus (ATF 131 III 553, consid. 1.2.3 ; 133 III 553, consid. 3).

⁹ TF 5A_554/2014, consid. 5.1.2, RSPC 2015 46.

¹⁰ Pour des développements récents en doctrine : DIGGELMANN/ISLER, p. 143 ss ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 299 CPC N 1 ss ; PRADERVAND-KERNEN, p. 353 ss.

de relations personnelles. Elle concerne désormais également la contribution d'entretien et la participation à la prise en charge. Cet élargissement concerne donc autant les procédures matrimoniales que les procédures alimentaires fondées sur l'article 279 CC. La nouvelle mouture vise à « *sauvegarder de manière complète les intérêts de l'enfant dans la procédure qui oppose les parents et de renforcer son droit à l'entretien* »¹¹. Les articles 299 et 300 CPC sont ainsi en adéquation avec l'article 308 al. 2 CC qui prévoyait d'ores et déjà la possibilité pour l'autorité de protection de l'enfant de conférer au curateur le pouvoir de représenter un enfant dans la demande en aliment de l'article 279 CC. On notera que l'article 314a^{bis} CC, adopté dans la cadre du nouveau droit de la protection de l'enfant, prévoit également, si nécessaire, la représentation de l'enfant devant l'autorité de protection.

12. Le message retient expressément que ce représentant ne doit pas « *se substituer au juge ni enquêter sur les ressources financières des parents* »¹², le but étant de donner voix à l'enfant pour ce qui concerne ses besoins financiers. La récente jurisprudence en matière de représentation de l'enfant montre que les tâches du représentant ne sont pas illimitées, compte tenu également des maximes inquisitoire et d'office. Selon l'arrêt de principe du 17 décembre 2015, ATF 142 III 153, la représentation doit être ordonnée *lorsqu'elle est à même d'apporter au juge une aide supplémentaire efficace* pour la question de savoir si dans le cas concret le bien de l'enfant exige une réglementation ou une mesure spécifique ou s'y oppose. Ainsi, lorsqu'en cas de *curatelle* au sens de l'article 308 CC, le curateur dresse au tribunal un portrait complet, indépendant et neutre de la situation concrète (locale, domestique, scolaire, interaction entre l'enfant et ses parents respectivement sa fratrie, etc.), alors ce dernier n'aura pas besoin d'une source d'informations parallèle dans la personne d'un représentant de l'enfant¹³. Par ailleurs, la représentation diffère selon *l'âge de l'enfant* et la situation dans le cas concret¹⁴.

¹¹ Message Entretien de l'enfant, p. 567.

¹² Message Entretien de l'enfant, p. 567.

¹³ ATF 142 III 153, consid. 5.1.2.

¹⁴ ATF 142 III 153, consid. 5.2.3.

13. L'article 12 CDE ne va pas au-delà. Il garantit à l'enfant le droit d'exprimer son opinion dans le litige le concernant, mais « ne lui confère nullement le droit de prendre des conclusions propres en qualité de partie à la procédure, ni même le droit d'être représenté dans le cadre de la cause »¹⁵.
14. Quant à la *personne du représentant*, la désignation d'un avocat sera une exception. Elle se justifie lorsque des questions de droit substantiel ou de procédure se posent au premier plan, par exemple lorsque le représentant doit intervenir en procédure pour la défense des intérêts de l'enfant. Les *problèmes financiers* tomberont souvent dans ce cadre. Dans les autres cas (examen sur le terrain, audition de personnes proches, etc.), les assistants sociaux, éducateurs (avec des connaissances juridiques suffisantes) ou des pédopsychiatres (voire des juristes disposant d'une formation supplémentaire) sont plus adéquats¹⁶.
15. On notera que les articles 299, 300 et 301 CPC distinguent la contribution d'entretien de la participation à la prise en charge. Cela n'est pas forcément très heureux puisque la participation à la prise en charge de l'enfant se reflète dans la contribution d'entretien selon le système prévu aux nouveaux articles 276 al. 2 et 285 al. 2 CC.

C. Indications devant figurer dans la convention d'entretien ou dans la décision fixant les contributions d'entretien

16. Sur le modèle de l'article 282 CPC, et avant lui de l'article 143 aCC, en matière de contributions d'entretien dans le cadre du divorce, les articles 287a CC et 301a CPC exigent que la convention d'entretien ou la décision qui fixe les contributions d'entretien contienne diverses indications en vue de faciliter un examen ultérieur de la situation par le juge saisi d'une requête en modification¹⁷.

¹⁵ TF 5A_744/2013, RSPC 2014 213.

¹⁶ TF 5A_52/2015 du 17 décembre 2015, consid. 5.4.3.1, non reproduit à l'ATF 142 III 153.

¹⁷ Voir TF 5C.258/2004 du 28 février 2005, consid. 1 *in fine*; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 282 CPC N 3.

17. Ainsi, la convention d'entretien ou la décision doit contenir :
- a) les éléments du revenu et de la fortune de chaque parent et de chaque enfant pris en compte dans le calcul ;
 - b) le montant attribué à chaque enfant ;
 - c) le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant ;
 - d) si et dans quelles mesures les contributions d'entretien doivent être adaptées aux variations du coût de la vie.
18. L'article 301a CPC n'exige pas que la décision contienne l'indication séparée des *frais de la prise en charge*. Cette mention serait utile dans la mesure où ses frais peuvent varier de manière spécifique¹⁸.
19. L'indication du *montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable* de l'enfant doit aussi permettre à l'enfant de demander ultérieurement le versement de la différence entre le montant reçu et celui nécessaire à son entretien convenable, si la situation du parent débiteur devait s'améliorer de manière « exceptionnelle » au sens du nouvel article 286a CC¹⁹. Cette indication est aussi susceptible de servir de référence pour les cantons qui décideraient de verser des avances sur les pensions alimentaires, indépendamment de la capacité contributive du débirentier jusqu'à concurrence du montant nécessaire à l'entretien convenable²⁰.
20. Lorsqu'une convention d'entretien soumise pour ratification au tribunal ne comprend pas ces éléments, le juge doit soit exiger des parties qu'elles complètent la convention, soit mentionner les éléments manquants au procès-verbal (art. 235 CPC) comme complément à la convention.
21. Alors même que l'article 301a CPC ne l'indique pas, il paraît naturel que la convention, qui doit être approuvée (art. 286a al. 1 CC), figure dans le dispositif de la décision, comme le prévoit l'article 279 al. 2 CPC pour les conventions sur les effets accessoires du divorce. L'intégration peut se faire par le renvoi à une copie annexée à la décision de divorce ou par la mention dans le dispositif de la date de la convention et du nombre de

¹⁸ Voir SPYCHER, p. 8 s.

¹⁹ Message Entretien de l'enfant, p. 540.

²⁰ Message Entretien de l'enfant, p. 540.

pages²¹. L'essentiel de la convention pourrait également être mentionné dans la décision, le renvoi se faisant pour le surplus.

22. Lorsque la décision qui fixe les contributions d'entretien n'indique pas les points exigés à l'article 301a CPC, elle peut être attaquée pour violation de la loi, en particulier si les contributions ne sont pas calculées séparément, lorsque la question de l'entretien convenable n'est pas abordée à tort, ou que l'indexation n'est pas évoquée²². Si la décision entre en force, elle est pleinement valable. En revanche, le travail du juge lors de la modification des mesures s'en voit compliqué.
23. Si le tribunal décide de communiquer la décision aux parties *sans motivation écrite* (art. 239 al. 1 CPC), il doit prendre garde de faire figurer dans le dispositif de la décision non seulement le montant attribué à chaque enfant et si, et dans quelle mesure, les contributions d'entretien doivent être adaptées aux variations du coût de la vie, mais également les éléments du revenu et de la fortune de chaque parent et de chaque enfant pris en compte dans son calcul et le montant nécessaire pour assumer l'entretien convenable de chaque enfant.

D. Demande d'aliments et action en paternité

1. Compétence

24. La modification du 20 mars 2015 complète l'article 304 CPC par un alinéa 2 selon lequel « *le tribunal compétent pour statuer sur la demande d'aliments se prononce également sur l'autorité parentale et sur les autres points concernant le sort des enfants* », qui avait été proposé par la commission des affaires juridiques du Conseil national lors des débats devant les Chambres²³. Cette règle, qui trouve son pendant dans les nouveaux articles 298b al. 3 et 298d al. 3 CC, en lien avec la compétence de l'autorité de protection de l'enfant en matière d'autorité parentale, permet une attraction de compétence en faveur du juge civil lorsque tant le sort de l'enfant que la question de son entretien est débattue. Actuellement, en dehors des procédures matrimoniales, l'ensemble des

²¹ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 279 CPC N 48, et les réf.

²² Voir CPra Matrimonial-BOHNET, art. 282 CPC N 34 sur les moyens de droit.

²³ BO CN 2014 N 1246.

questions concernant l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles avec l'autre parent et la protection de l'enfant relève de l'autorité de protection de l'enfant, seul son entretien entrant dans le champ d'application des articles 295 ss CPC.

25. Si des parents non mariés se partagent la garde de l'enfant et que, suite à des difficultés, l'un des parents souhaite obtenir la garde exclusive, le juge civil sera compétent dans la mesure où une modification de l'entretien est également demandée. Apparemment, si le parent ne demande que la modification de la garde et des relations personnelles, l'autorité de protection est compétente, alors même que la question de l'entretien devrait faire à un moment ou un autre l'objet d'un examen d'office.
26. Cependant cette nouvelle disposition *ne touche pas les mesures de protection de l'enfant* (art. 307 ss CPC), qui demeurent dans tous les cas de la compétence de l'autorité de protection de l'enfant. Un pendant, pour les enfants de parents non mariés, de l'article 315a CC pour les parents mariés, n'existe pas.

2. Conciliation préalable

27. Les procédures portant sur l'entretien doivent être précédées d'une *tentative de conciliation* au sens de l'article 197 CPC. Cependant, les Chambres, sur proposition de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats²⁴, ont choisi de compléter la liste des exceptions à la procédure de conciliation en y ajoutant une lettre b^{bis} selon laquelle la conciliation n'a pas lieu « dans les actions concernant la contribution d'entretien et le sort des enfants lorsqu'un parent s'est adressé à l'autorité de protection de l'enfant avant l'introduction de l'action (art. 298b et 298d CC) ». Le but de cette exception est d'éviter une multiplication des démarches au moment d'entamer une procédure portant sur l'entretien. Si un parent saisit l'autorité de protection de l'enfant dans l'espoir de trouver une solution transigée sur le tout devant cette autorité, imposer encore une conciliation séparée devant une autorité spécifique avant la

²⁴ BO CE 2014 N 1126 ; BO CN 2015 N 86-87. Voir sur ce thème, STOUDMANN, p. 288.

saisine du tribunal civil semblait exagéré, ce d'autant que le juge peut tenter la conciliation en tout temps (art. 124 al. 3 CPC).

III. Autres dispositions de procédure

A. Droit de refus de collaborer des conseillers conjugaux ou familiaux

28. Alors que l'article 139 al. 3 aCC prévoyait que « les personnes qui sont intervenues auprès des conjoints en qualité de conseillers conjugaux ou familiaux ou de médiateurs en matière familiale n'ont pas qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements », l'article 166 al. 1 CPC en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 ne mentionne plus les conseillers conjugaux ou familiaux. La modification du 20 mars 2015 comble ce vide. En effet, il n'est de loin pas évident que ces deux catégories de personnes puissent, en l'état actuel, se prévaloir en toutes hypothèses de l'article 166 al. 2 CPC qui prévoit que « les titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité », en invoquant l'article 35 LPD²⁵.

B. Frais de la médiation

29. Dès le 1^{er} janvier 2017, une médiation peut être gratuite dans les affaires concernant le droit des enfants, que celles-ci soient patrimoniales ou non patrimoniales. Cette nouvelle règle permet d'approcher de manière globale les difficultés qui peuvent intervenir dans les affaires concernant le droit des enfants. Comme le relève le Message²⁶, les questions patrimoniales sont souvent indissociablement liées au litige concernant l'attribution de la garde et l'exercice des relations personnelles.
30. Il faut cependant rappeler qu'une médiation n'est gratuite que dans la mesure où les parties ne disposent pas des moyens nécessaires et que, cumulativement, le tribunal recommande le recours à la médiation

²⁵ Voir BK ZPO-RÜETSCHI, art. 166 N 55 ; BOHNET, Procédure civile, p. 323.

²⁶ Message Entretien de l'enfant, p. 565.

(art. 218 al. 2 let. a et b CPC). Il revient au droit cantonal de déterminer si d'autres cas de dispenses de frais doivent être retenus (art. 218 al. 3 CPC)²⁷.

IV. Mise en œuvre du nouveau droit

A. Procédures en cours au 1^{er} janvier 2017

31. Les *nouvelles dispositions de procédure* sont immédiatement applicables aux procès en cours (art. 407b al. 1 CPC). Cela signifie par exemple qu'un représentant pourrait désormais être chargé également des questions concernant la contribution d'entretien. Cela signifie également que la décision devra contenir les indications prévues à l'article 301a CPC.
32. Concernant les *compétences respectives du tribunal et de l'autorité de protection de l'enfant*, si une procédure portant sur l'entretien est en cours parallèlement à une procédure concernant l'autorité parentale ou la garde, l'ensemble du dossier doit être transmis au tribunal, en vertu de l'article 304 al. 2 CPC.
33. Sur le *fond*, l'article 13c^{bis} al. 1 Tit. fin. CC prévoit que les procédures en cours à l'entrée vigueur de la modification du 20 mars 2015 sont soumises au nouveau droit. Afin de permettre aux parties d'adapter leurs prétentions, l'article 407b al. 2 CPC retient expressément que « les parties peuvent présenter de nouvelles conclusions sur les questions touchées par la modification du droit applicable ». Ainsi, l'enfant pourra prétendre le cas échéant à la fixation d'une contribution d'entretien en prenant en compte les frais de sa prise en charge (art. 276 al. 2 et 285 al. 2 CC).
34. La question qui se pose est celle du *moment ultime* pour la présentation de nouvelles conclusions au sens de l'article 407b al. 2 CPC. Comme la deuxième partie de cette disposition indique que « les points du jugement qui ne font pas l'objet d'un recours sont définitifs, pour autant qu'ils n'aient pas de lien matériel si étroit avec des questions encore ouvertes qu'une appréciation globale se justifie », on doit partir de l'idée que ces nouvelles conclusions pourront être prises tant en première instance que dans une procédure d'appel, voire de recours.

²⁷ C'est par exemple le cas de Fribourg (art. 127 LJ) et du Jura (art. 11 LiCPC).

35. Comme la question de l'entretien relève des maximes inquisitoires et d'office (art. 296 CPC), les parties ont de toute manière la possibilité, en première instance, d'invoquer des faits et des moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC) et de modifier la demande sur cette base (art. 230 CPC). Logiquement, les nouvelles conclusions devraient donc pouvoir être présentées plus tard encore en première instance, à notre avis, *tant que le prononcé n'a pas été rendu*. Si l'on se trouve en appel, voire devant l'instance de recours lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit, la modification doit aussi pouvoir intervenir jusqu'au prononcé.
36. La partie intéressée doit-elle modifier ses conclusions *sans retard* dès l'entrée en vigueur du nouveau droit ? On pourrait le retenir par souci de cohérence, afin que l'article 407b CPC s'inscrive dans le système général. L'article 317 al. 1 let. a CPC l'impose par exemple pour les faits nouveaux en appel. Le but est en effet de permettre aux parties de disposer d'une « fenêtre » pour se prévaloir du nouveau droit et non pas de leur offrir la possibilité d'étendre sans limites temporelles le cadre procédural. Les maximes d'office et inquisitoire s'appliquant pour l'entretien de l'enfant, il serait de toute manière raisonnable que le tribunal rende les parties attentives au nouveau cadre juridique et à la possibilité de modifier les conclusions.
37. Devant le Tribunal fédéral, la règle de l'article 13c^{bis} al. 2 Tit. fin. CC est la suivante : « *Le Tribunal fédéral applique l'ancien droit lorsque la décision attaquée a été prononcée avant l'entrée en vigueur de la modification du 20 mars 2015 ; il en va de même en cas de renvoi à l'autorité cantonale* ». Le moment du prononcé est la date de l'arrêt, et non sa communication au sens de l'article 405 CPC, que la jurisprudence considère correspondre à la date d'expédition du dispositif de la décision²⁸. Ainsi, toute décision rendue par le tribunal cantonal supérieur avant le 1^{er} janvier 2017 demeure soumise à l'ancien droit lors de son examen par le Tribunal fédéral. Si la décision est postérieure, le Tribunal fédéral applique le nouveau droit, dans le cadre des conclusions des parties. Comme indiqué aux paragraphes précédents, cela signifie que les parties, faute de prononcé

²⁸ ATF 137 III 130, RSPC 2011 224.

du tribunal cantonal supérieur avant le 1^{er} janvier 2017, devraient le cas échéant modifier leurs conclusions devant l'instance cantonale.

B. Modification des contributions d'entretien

38. L'article 13c Tit. fin. CC dispose que « *les contributions d'entretien destinées à l'enfant qui ont été fixées dans une convention d'entretien approuvée ou dans une décision antérieure à l'entrée en vigueur de la modification du 20 mars 2015 sont modifiées à la demande de l'enfant. Lorsqu'elles ont été fixées en même temps que les contributions d'entretien dues au parent, les contributions d'entretien dues à l'enfant peuvent être modifiées seulement si la situation change notablement* »²⁹.
39. Lorsque la contribution d'entretien est due à un enfant de parents non mariés, fondée sur l'article 279 CC ou 287 CC, la procédure applicable est la *procédure simplifiée* (art. 295 CPC), avec préalable de conciliation, à moins que l'article 198 let. b^{bis} soit applicable. A notre avis, cela vaut tant pour l'enfant mineur que majeur³⁰. Les maximes inquisitoire et d'office s'appliquent (art. 296 al. 1 et 3 CPC).
40. Si le conjoint n'a pas reçu de contribution d'entretien en sa faveur, il nous paraît³¹ que la modification peut intervenir sans condition supplémentaire, en mesures protectrices, en procédure de modification de jugement de divorce, ou, pour l'enfant majeur, dans une procédure indépendante au sens de l'article 286 al. 2 CC³², puisque les frais de la prise en charge de l'enfant n'ont pas été pris en compte (comp. art. 125 al. 2 ch. 6 CC en procédure de divorce).
41. Quand la contribution d'entretien a été fixée en même temps que la contribution pour le conjoint ou l'ex-conjoint, la condition du *changement notable de situation* pourrait par exemple être remplie lorsque l'enfant change de lieu de vie³³.

²⁹ Pour une critique, voir STOUDMANN, p. 289.

³⁰ Dans ce sens : TF 5A_155/2013 du 17 avril 2013, consid. 2.4, mais la question est controversée au vu de l'ATF 139 III 328.

³¹ Le Message Entretien de l'enfant, p. 570 ne semble pas l'admettre.

³² ATF 139 III 401, consid. 3.2.2, et le commentaire d'OLIVIER GUILLOD in Newsletter DroitMatrimonial.ch, novembre 2013. La jurisprudence précédente était peu claire, voir TF 5A_785/2010, du 30 juin 2011, dans une affaire neuchâteloise.

³³ Pour des développements, voir SPYCHER, p. 11 s.

C. Aide au recouvrement

42. Les nouveaux articles 131 al. 2 et 290 al. 2 CC prévoient que le Conseil fédéral est chargé de définir les prestations d'aide au recouvrement par voie d'ordonnance. Le but est de parvenir à une harmonisation des mesures, qui sont très disparates à l'heure actuelle. Comme le relève le message, « *le Conseil fédéral définira dans une ordonnance une liste de prestations uniformes et contraignantes à l'intention des offices chargés du recouvrement. Il tiendra compte à cet effet des pratiques des cantons et des prestations prévues dans les conventions internationales* »³⁴.
43. L'aide au recouvrement, *gratuite* pour les enfants (art. 290 al. 1 CC), y compris désormais pour l'enfant majeur³⁵, ne l'est qu'en règle générale pour le conjoint (art. 131 al. 1 CC). Le Conseil fédéral a renoncé à modifier la loi sur ce point³⁶.
44. L'*avance sur contribution* continue de relever du droit public cantonal (nouvel art. 131a et art. 293 al. 2 CC).
45. L'article 176a CC prévoit expressément que les dispositions sur l'aide au recouvrement et aux avances sur contributions valent également au stade des *mesures protectrices*³⁷.

D. Mesures de garantie de l'avoir de prévoyance

46. Afin de garantir le paiement des contributions d'entretien en cas de départ du débiteur à l'étranger ou de prise d'une activité indépendante, le nouvel article 40 al. 1 LPP adopté lors de la révision du 20 mars 2015 prévoit que « *L'office spécialisé désigné par le droit cantonal en vertu des articles 131, al. 1, et 290 du Code civil peut annoncer à l'institution de prévoyance l'assuré qui est en retard d'au moins quatre mensualités dans le paiement des contributions d'entretien qu'il doit verser régulièrement* ». Une fois l'annonce faite,

³⁴ Message Entretien de l'enfant, p. 563.

³⁵ L'art. 290 al. 1 CC faisait référence selon l'ancien texte à « l'autre parent qui le demande » et dans la nouvelle mouture à « l'enfant ou l'autre parent qui le demande ».

³⁶ Message Entretien de l'enfant, p. 563 : « *les cantons continueront de décider dans quels cas on renoncera à la gratuité de l'aide au recouvrement pour les époux* ».

³⁷ Message Entretien de l'enfant, p. 564.

les institutions de prévoyance devront communiquer sans délai à l'office spécialisé l'arrivée à échéance des prétentions des assurés qui lui ont été annoncés :

- a. le versement de la prestation en capital, lorsque le montant atteint 1000 francs au moins ;
 - b. le paiement en espèces au sens de l'article 5 LFLP, lorsque le montant atteint 1000 francs au moins ;
 - c. le versement anticipé dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement.
47. L'institution de prévoyance ne pourra ensuite effectuer un versement au sens de l'al. 3 qu'au plus tôt 30 jours après notification à l'office spécialisé. Dans l'intervalle, les mesures utiles, en particulier une requête de sûretés au sens de l'article 292 CC, auront pu être prises.
48. Autant dire qu'en cas de retard dans les paiements des contributions, le créancier a tout intérêt à s'annoncer dans tous les cas à l'office de recouvrement cantonal, même s'il veut effectuer les démarches lui-même, le mécanisme décrit ci-avant supposant l'intervention dudit office.

E. Suspension du délai de prescription

49. Selon l'article 134 al. 1 ch. 1 CO, la prescription ne court point à l'égard des créances des enfants contre leurs père et mère, tant que dure l'autorité parentale. Le nouvel article 134 al. 1 ch. 1 CO vise à supprimer les lacunes de la loi en protégeant de la même manière l'enfant de parents ayant divorcé, qui ne sont pas mariés ensemble, ou auxquels l'autorité parentale a été retirée³⁸. Dès le 1^{er} janvier 2017, cette disposition exclut donc la prescription à l'égard des créances des enfants contre leurs père et mère, jusqu'à la majorité des enfants.

³⁸ Message Entretien de l'enfant, p. 532 s.

V. Bibliographie

BK ZPO-[AUTEUR] : GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVAREZ CIPRIANO et al., Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. I : Art. 1–149 ZPO, vol. II : Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Berne 2013

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014

CPra Matrimonial-[AUTEUR] : BOHNET FRANÇOIS/GUILLOD OLIVIER (édit.), Commentaire pratique de droit matrimonial, Bâle 2015

DIGGELMANN PETER/ISLER MARTINA, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, RSJ 2015, p. 141-149

PRADERVAND-KERNEN MARYSE, La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières, FamPra 2016, p. 339-368

SPYCHER ANNETTE, Kindesunterhalt : rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen : heute und demnächst, FamPra 2016, p. 1-34

STOUDMANN PATRICK, Projet de modification du droit de l'entretien de l'enfant : le point de vue d'un juge de première instance, Revue de la protection des mineurs et des adultes 2014, p. 279-290