

## Analyse de l'arrêt TF 5A\_248/2023 (d)

**François Bohnet**, Avocat spécialiste FSA droit du bail, LL.M., Dr en droit,  
Professeur à l'Université de Neuchâtel

**Michael Saul**, Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, titulaire  
du brevet d'avocat

**TF 5A\_248/2023 (d), 17 août 2023**

**II<sup>e</sup> Cour de droit public**

*Couple non marié ; Autorité parentale ; Procédure*

*Art. 62 al. 1 CPC ; Art. 63 CPC ; Art. 198 let. b bis CPC ; Art. 298b al. 2 CC ; Art. 298b al. 3 CC ; Art. 298d al. 3 CC*

**Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre 2023**

21 décembre 2023

# Répartition des compétences entre le tribunal civil et l'APEA: la croisée des chemins

## I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A\_248/2023 du 17 août 2023 traite de l'effet d'une requête de conciliation portant sur le sort de l'enfant et son entretien sur une procédure relative à l'enfant pendante devant l'APEA. Le Tribunal fédéral retient qu'elle n'entraîne pas l'incompétence de l'APEA, seul le dépôt de la demande devant le tribunal ayant un tel effet.

## II. Résumé de l'arrêt

### A. Les faits

B.A. (la mère) et D. (le père) ont un fils, C.A. (né le 28 décembre 2016). L'enfant vit chez sa mère. Celle-ci détient également l'autorité parentale exclusive. Les parents ne sont pas mariés.

Par acte du 7 janvier 2021, le père a fait valoir auprès de l'APEA de Bâle-Ville que la mère ne respecterait pas la convention relative au droit de visite. Il exprimait également la crainte que l'enfant soit exposé à des violences domestiques de la part du partenaire de la mère. Par acte du 26 août 2021, le père a requis l'autorité parentale conjointe. En date des 14 et 22 novembre 2021, les parents ont conclu une convention d'entretien. Le rapport du 22 août 2022 du Service des enfants et de la jeunesse (*Kinder- und Jugenddiesntes - KJD*) commandé par l'APEA recommandait d'instaurer une curatelle pour l'enfant et d'attribuer l'autorité parentale conjointe, dans la mesure où les parents pourraient trouver une forme de communication adéquate. Les 13 et 15 septembre 2022, l'APEA a entendu les parents séparément.

Le 18 octobre 2022, la mère a introduit une requête de conciliation dirigée contre le père auprès du Tribunal civil de Bâle-Ville. Elle demandait de constater que l'autorité parentale resp. la garde lui avaient été attribuées. En outre, elle a pris une conclusion concernant les relations personnelles entre le père et l'enfant et exigeait le paiement d'une contribution d'entretien mensuelle en faveur de l'enfant d'un montant de CHF 800.- minimum (allocations familiales en sus). Par ordonnance du 20 octobre 2022, la conciliatrice du Tribunal civil a informé le père de la requête.

Le même jour, l'APEA a rendu une décision instituant pour l'enfant une curatelle selon l'art. 308 al. 1

et 2 CC, ordonnant l'autorité parentale conjointe (art. 298b al. 2 CC) et statuant sur les bonifications pour tâches éducatives (art. 29<sup>sexies</sup> LAVS).

Le recours déposé par la mère a été rejeté par arrêt du 16 février 2023, notifié le 27 février suivant.

Par acte du 27 mars 2023, la mère intente recours contre cette décision auprès du Tribunal fédéral qui rejette le recours.

## B. Le droit

### 2.

#### 2.2

Nonobstant les conclusions formelles prises par la recourante, il ressort de la motivation du recours que la mère soutient que l'APEA n'était plus compétente au moment où elle a rendu sa décision, en raison de l'introduction de la requête de conciliation. Pour apprécier les griefs de la recourante, il convient ainsi de retenir que celle-ci requiert que la compétence de l'APEA soit niée dans son ensemble et que la décision de cette autorité du 20 octobre 2022 soit annulée.

### 4.

Le litige porte tout d'abord sur la question de savoir si l'APEA était compétente pour régler les questions relatives à l'enfant lorsqu'elle a rendu sa décision le 20 octobre 2022, compte tenu du dépôt de la requête de conciliation par la mère le 18 octobre 2022.

#### 4.3.1

Lorsque les parents ne sont pas mariés, l'autorité de protection de l'enfant est en principe compétente pour statuer sur l'autorité parentale. Demeure réservée l'action en entretien ou en modification de l'entretien auprès du tribunal compétent; dans ce cas, le tribunal statue également sur l'autorité parentale ainsi que sur les autres points concernant le sort des enfants resp. sur leur modification (art. 298b al. 3 et art. 298d al. 3 CC). Selon l'art. 197 CPC, la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation. La procédure de conciliation n'a notamment 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 en vertu de l'art. 298b ou 298d CC (art. 198 let. b<sup>bis</sup> CPC). La litispendance est créée par le dépôt d'une requête de conciliation ou d'une demande (art. 62 al. 1 CPC).

#### 4.3.2

Selon le système légal, l'autorité de protection de l'enfant peut certes ratifier des conventions d'entretien conclues entre les parents (art. 134 al. 3 et art. 287 al. 1 CC), mais elle ne peut pas statuer elle-même dans ce domaine. Lorsque le tribunal est saisi de la question de l'entretien, il statue également sur les autres points concernant l'enfant sur la base d'une attraction de compétence. Dans une procédure en cours, il n'est dérogé à la compétence décisionnelle de l'autorité de protection de l'enfant qu'en lien avec une action en entretien et donc uniquement de manière exceptionnelle. Le principe est que l'autorité de protection de l'enfant mène à terme chaque procédure qui est pendante par-devant elle au moment de l'introduction d'une procédure judiciaire<sup>1</sup>. Selon les art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC, la compétence de l'autorité de protection de l'enfant ne cesse qu'avec la «*Klage*» (dans la version française: «*action*»; dans la version italienne: «*azione*»). La «*Klage*» (art. 220 CPC)<sup>2</sup> est l'instrument au moyen duquel la procédure ordinaire, i.e. la procédure décisionnelle, est introduite et qui crée le lien d'instance (*Prozessrechtsverhältnis*) entre les parties elles-mêmes ainsi qu'entre les parties et le tribunal<sup>3</sup>. Ainsi, selon le texte de la loi, l'attraction

---

1. ATF 145 III 436, consid. 4 (JdT 2020 II 204). ←

2. Ndlr: dans la version française de l'art. 220 CPC, le terme «*Klage*» est traduit par «demande» («*petizione*» en italien). ←

3. Eric Pahud, in Brunner/Gasser/Schwander (édit.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung: Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., 2016, art. 220 CPC, N 1. ←

de compétence en faveur du tribunal n'intervient pas déjà avec l'introduction de la requête de conciliation, mais seulement au moment de l'introduction de la *Klage* (demande)<sup>4</sup>.

### 4.3.3

Tant dans la décision entreprise que dans le recours, il est question d'une décision de la Cour suprême du canton de Berne. L'autorité de conciliation de l'Emmental-Haute Argovie n'était pas entrée en matière sur la requête d'un père dirigée contre ses deux enfants, dans la mesure où elle portait, outre la modification des contributions d'entretien qui avaient été convenues, sur la réglementation des relations personnelles. La Cour suprême a en revanche retenu que, selon l'art. 198 let. b<sup>bis</sup> CPC *a contrario*, l'autorité de conciliation était matériellement compétente non seulement pour le litige portant sur l'entretien, mais aussi pour la conciliation portant sur les autres points concernant l'enfant, lorsque – comme dans cette affaire bernoise – aucune procédure n'est pendante devant l'autorité de protection de l'enfant<sup>5</sup>. En outre, la décision cantonale indique que l'attraction de compétence selon les art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC devrait intervenir déjà au moment du début de la litispendance et, partant, selon l'art. 62 al. 1 CPC, avec la saisine de l'autorité de conciliation. L'autorité de conciliation serait ainsi « d'un point de vue fonctionnel » un tribunal et la conduite de la procédure de conciliation serait le préalable obligatoire à la procédure judiciaire. Ceci serait valable dans la mesure où doit relever de la compétence matérielle de l'autorité de conciliation, ce qui fera ensuite l'objet de la compétence matérielle du tribunal en cas d'échec de la conciliation et délivrance de l'autorisation de procéder. Cela va de pair avec la compétence de l'autorité de conciliation de ratifier, outre l'accord concernant l'entretien de l'enfant, l'accord annexe portant sur les autres points concernant l'enfant<sup>6</sup>. En l'espèce, contrairement à ce que soutient la recourante, rien ne peut être déduit de cette décision bernoise pour la présente affaire, car dans l'affaire bernoise il n'y avait pas de procédure parallèle devant l'APEA.

### 4.3.4

Le dépôt d'une requête de conciliation crée la litispendance pour l'objet du litige (art. 62 al. 1 CPC), même si, faute de compétence au sens de l'art. 63 CPC, la procédure de conciliation se termine de par la loi<sup>7</sup> et que, partant, il convient de ne pas entrer en matière sur la requête de conciliation<sup>8</sup>. Les règles légales relatives à la création de la litispendance sont muettes s'agissant de l'attraction de compétence selon les art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC. Il n'y a pas lieu d'approfondir la question de savoir si (selon l'arrêt bernois précité) une procédure de conciliation doit avoir lieu, en vertu de l'art. 198 let. b<sup>bis</sup> CPC *a contrario*, lorsque l'autorité de protection de l'enfant n'a pas été saisie avant la demande en entretien et concernant les autres points relatifs à l'enfant. Le simple fait de répondre par l'affirmative à cette question ne permet du reste pas de retenir que l'attraction de compétence coïncide avec le dépôt de la requête de conciliation, lorsqu'une procédure concernant l'autorité parentale et les autres points concernant l'enfant est déjà pendante devant l'autorité de protection de l'enfant. On ne peut pas déduire de l'art. 198 let. b<sup>bis</sup> CPC si et, cas échéant, à quelles conditions, la litispendance du litige relatif à l'entretien résultant du dépôt de la requête de conciliation met un terme à la compétence de l'autorité de protection de l'enfant de statuer sur les autres points relatifs à l'enfant. Cette norme prescrit uniquement que la conciliation n'a pas lieu dès lors que l'un des parents a fait appel à l'autorité de protection de l'enfant avant la demande en lien avec l'entretien et les autres points relatifs à l'enfant, et qu'aucun accord n'a pu être trouvé<sup>9</sup>.

---

4. Dans le même sens, Samuel Zogg, *Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen*, in FamPra.ch 2019 p. 4. ←

5. Arrêt de la Cour suprême du canton de Berne ZK 18 503 du 7 janvier 2019, consid. 6.2, in CAN 2019, n° 33 p. 88. ←

6. Arrêt de la Cour suprême du canton de Berne ZK 18 503 du 7 janvier 2019, consid. 6.3, in CAN 2019, n° 33 p. 88 s.; confirmé in arrêt de la Cour suprême du canton de Berne KES 20 852 du 17 décembre 2020, consid. 2.2. ←

7. Urs Gloor/Barbara Umbricht Lukas, in Basler Kommentar: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3<sup>e</sup> éd., 2021, art. 198 CPC, N 1. ←

8. Urs Egli, in Brunner/Gasser/Schwander (édit.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung: Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., 2016, art. 198 CPC, N 18. ←

9. Gloor/Umbricht Lukas, *op. cit.*, art. 198 CPC, N 4a; Bohnet, in Commentaire romand: Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., 2019, art. 198 CPC, N 9a; voir ég. arrêt TF 5A\_459/2019 du 26 novembre 2019, consid. 3.3. ←

### 4.3.5

Zogg souligne à juste titre qu'une partie à un litige peut également renoncer au dépôt d'une demande, lorsqu'aucun accord ne survient dans la procédure de conciliation<sup>10</sup>. Si l'on retient que la compétence de l'autorité de protection de l'enfant cesse déjà avec le dépôt de la requête de conciliation, un parent aurait la faculté de faire échec à une décision de l'autorité de protection de l'enfant simplement en introduisant une requête de conciliation qu'il ne poursuivrait pas ensuite, en particulier lorsque l'entretien de l'enfant ne fait pas l'objet de la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant, comme c'est le cas en l'espèce. Cela ne serait pas compatible avec le but du législateur d'éviter, au moyen de l'attraction de compétence des art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC, des compétences divisées et dédoublées pour régler le sort de l'enfant<sup>11</sup>. Compte tenu de ce qui précède et du fait que, dans le cas d'espèce, l'autorité de protection de l'enfant n'était pas saisie de la modification de la convention d'entretien des 14 et 22 novembre 2021, mais uniquement d'un litige relatif à l'autorité parentale et à d'autres points concernant l'enfant, il n'y a pas de raison de retenir, en dérogation au texte clair de la loi, que l'attraction de compétence se serait produite *in casu* au moment du dépôt de la requête de conciliation. Ce résultat est conforme au principe rappelé plus haut selon lequel l'autorité de protection de l'enfant mène à terme chaque procédure qui est pendante par-devant elle au moment de l'introduction d'une procédure judiciaire. L'instance précédente retient ainsi à juste titre que la compétence de l'autorité de protection de l'enfant ne cesse qu'avec le dépôt de la demande (au fond) auprès du tribunal de l'entretien. Le recours est infondé sur ce point.

Compte tenu de ce résultat, le Tribunal fédéral n'a pas besoin d'examiner le reproche fait à la recourante par l'instance précédente d'avoir violé le principe de la bonne foi procédurale. De même, il n'y a pas lieu d'examiner si la recourante devait même, compte tenu de la constellation de l'espèce, saisir l'autorité de conciliation.

## 5.

Sur le fond, le Tribunal fédéral, après avoir rappelé les règles découlant de l'art. 298b al. 2 CC, retient que la décision entreprise ne prête pas le flanc à la critique s'agissant de l'attribution de l'autorité parentale conjointe. Le recours, en partie appellatoire sur ce point, est également infondé à cet égard.

## III. Analyse

Afin de clarifier le partage des compétences entre le tribunal civil et l'APEA, les art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC, adoptés à l'occasion de la révision du droit de l'entretien de l'enfant entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017<sup>12</sup>, prévoient qu'en cas d'action alimentaire ou d'action en modification de la contribution d'entretien, le juge statue aussi sur l'autorité parentale et sur les autres points concernant le sort des enfants. Les procédures portant sur l'entretien doivent être précédées d'une tentative de conciliation au sens de l'art. 197 CPC. Cependant, les Chambres, sur proposition de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats<sup>13</sup>, ont choisi de compléter la liste des exceptions à la procédure de conciliation en ajoutant une lettre b<sup>bis</sup> à l'art. 198 CPC, 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)* »<sup>14</sup>. 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

---

10. Zogg, *op. cit.* ←

11. Eva Senn, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts, *in FamPra.ch* 2017 p. 97. ←

12. Loi fédérale du 20 mars 2015; RO 2015 4299; FF 2014 511. ←

13. BO CE 2014 N 1126; BO CN 2015 N 86-87. Voir ég. Message relatif à la modification du Code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 2607, p. 2661. ←

14. Pour l'interprétation que fait le Tribunal fédéral de cette disposition, voir not. les arrêts TF 5A\_709/2022 du 24 mai 2023, consid. 2.1, et TF 5A\_459/2019 du 26 novembre 2019, consid. 3.2 et 3.3 *in extenso*. ←

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

Quant au Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à la modification du Code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), il retient que si la nouvelle let. b<sup>bis</sup> vise à éviter les doublons, l'expérience a montré depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle norme que la conciliation était également superflue dans d'autres cas: «*D'une part, les accords conclus devant l'autorité de conciliation portant sur l'entretien de l'enfant sont soumis à l'approbation du tribunal ou de l'autorité de protection de l'enfant, ce qui entraîne des doublons. D'autre part, tout tribunal et toute autorité de protection de l'enfant tâche de trouver d'abord une solution amiable, notamment lors des débats d'instruction visés à l'art. 226 et 246, al. 2, CPC, qui peuvent être menés en tout temps, si bien que l'objectif de la procédure de conciliation est atteint dans les faits sans autre mesure. C'est pourquoi plusieurs participants à la consultation ont proposé d'exclure la conciliation pour tous les litiges portant sur la contribution d'entretien et sur d'autres questions relatives au sort des enfants. Le Conseil fédéral juge que cette solution est judicieuse et logique parce qu'elle aboutit à une règle de procédure simple et cohérente, qui correspond à l'intérêt et au bien de l'enfant et qui n'empêche pas le tribunal ou l'autorité de protection de l'enfant de tenter de trouver un accord entre les parties, sachant que tous deux peuvent également l'approuver le cas échéant*»<sup>15</sup>. Ainsi, l'art. 198 let. b<sup>bis</sup> CPC adopté le 17 mars 2023 et qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025 prévoit qu'il n'y aura simplement plus de conciliation préalable «*en cas d'action concernant la contribution d'entretien des enfants mineurs et majeurs et d'autres questions relatives au sort des enfants*».

L'APEA perd-elle sa compétence relative au sort des enfants dès la saisine de l'autorité de conciliation par une requête relative à l'entretien et au sort des enfants? Cette situation, qui est celle de l'arrêt 5A\_248/2023 du 17 août 2023, ne se présentera en principe plus dès le 1<sup>er</sup> janvier 2025, à moins qu'une partie saisisse par erreur l'autorité de conciliation, comme cela a peut-être été le cas dans l'arrêt commenté. On peut en effet se demander si une conciliation devait intervenir en l'espèce dès lors que l'APEA était saisie de la question du sort des enfants. Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral relève que la litispendance ne dépend pas de la compétence de l'autorité saisie, la partie ayant la possibilité de mieux agir en cas d'incompétence (art. 63 al. 1 CPC), si bien que, compétence ou non de l'autorité de conciliation, la litispendance était donnée.

Cependant, le Tribunal fédéral considère que seule la demande (*Klage*) et non la requête de conciliation est déterminante selon le mécanisme des art. 298b al. 3 et 298d al. 3 CC. Ces dispositions faisant référence à l'action (*Klage* dans la version allemande) devant le *juge* compétent, on peut en effet en déduire que le dépôt de la demande au fond est déterminant, et non celui de la requête de conciliation. Il n'empêche que ces réflexions démontrent les difficultés engendrées par les compétences croisées de l'APEA et du tribunal civil, que les révisions successives du CPC ne permettent pas de résoudre<sup>16</sup>. Par exemple, une partie pourrait déposer une demande devant le juge pour mettre un terme à la procédure devant l'APEA, puis retirer cette demande ultérieurement.

Comme pour les enfants de parents mariés, une procédure simple, comparable aux mesures protectrices, devrait exister au stade de la séparation pour régler le sort des enfants, et ce devant une autorité judiciaire compétente, quelle que soit la question en jeu.

Nous sommes désormais à la croisée des chemins: il est grand temps que le sort des enfants en cas de séparation suive la même voie, que les parents soient mariés ou non. Les tribunaux devraient dès lors se charger de l'ensemble des questions concernant les enfants, seules les mesures de protection des enfants au sens strict<sup>17</sup> demeurant de la compétence de l'APEA. Une réforme de la procédure du droit de la famille est actuellement à l'étude à Berne<sup>18</sup>. Espérons qu'elle puisse rapidement aboutir

---

15. FF 2020 2607, p. 2661. ←

16. Sur ces questions, voir par ex. Niels Favre, Délimitations de compétence matérielle entre APEA et juge civil, *in* RJN 2022 p. 13 ss. ←

17. Voir par ex. CR CC I [2023]-Meier, Intro. aux art. 307 à 315b CC, N 9 s. ←

18. En part. Postulat de la Commission des affaires juridiques du Conseil national 22.3380 «Pour un tribunal de la famille» du 7 avril 2022. Le premier auteur de la présente analyse est d'ailleurs intervenu sur ce sujet lors de la journée organisée par l'Office fédéral de la justice «Familles et justice – Justice et familles: La procédure en droit

et offrir des solutions plus praticables.

***Proposition de citation***

*François Bohnet/Michael Saul, Répartition des compétences entre le tribunal civil et l'APEA: la croisée des chemins; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_248/2023, Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre 2023*