



Chapitre d'actes

2009

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La gestion des biens de l'enfant : pouvoir parental et dispositions en faveur
de l'enfant

Papaux van Delden, Marie-Laure

How to cite

PAPAUX VAN DELDEN, Marie-Laure. La gestion des biens de l'enfant : pouvoir parental et dispositions en faveur de l'enfant. In: La planification du patrimoine : Journée de droit civil 2008 en l'honneur du professeur Andreas Bucher. Baddeley, Margareta... et al. (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2009. p. 9–38. (Collection genevoise. Droit civil)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:13074>

La gestion des biens de l'enfant : pouvoir parental et dispositions en faveur de l'enfant

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN

Professeure à l'Université de Genève

Juge suppléante à la Cour de Justice

I. Introduction

La « gestion » – terme non utilisé par le législateur – des biens tend à couvrir l'entier de la problématique du chapitre IV du Code civil, intitulé Des biens de l'enfant (art. 318 à 327 CC). La gestion inclut ainsi dans notre approche tant l'administration que la jouissance et la disposition des biens du mineur. L'analyse partira d'une approche générale de la gestion par les détenteurs de l'autorité parentale – étant précisé que la présente contribution se focalisera avant tout sur la gestion par les parents *de lege lata* – pour traiter ensuite les liens entre pouvoir parental et dispositions en faveur de l'enfant, ce qui inclura nécessairement l'étude de la position du tiers, en particulier la banque, dépositaire des avoirs de l'enfant.

Dans un premier temps, il s'agira de délimiter les principes généraux applicables à la gestion des biens de l'enfant par le représentant légal (chap. II). A cet effet, la description de la distinction opérée par le législateur entre biens et revenus (lit. A) permettra de présenter globalement le système mis en place par la loi dans un souci constant de protection des biens de l'enfant, articulant pouvoirs d'administration (lit. B), de jouissance et de disposition (lit. C). Or, la gestion des biens de l'enfant est un haut lieu de conflits potentiels entre les intérêts de l'enfant et ceux du représentant légal (lit. D) ; ce constat et les conséquences y relatives annonceront la problématique du compte d'épargne ouvert au nom de l'enfant (lit. E), laquelle interpelle tant les parents que la banque dépositaire du compte.

En écho à la problématique du compte d'épargne, la gestion particulière des biens libérés sera alors abordée (chap. III), pour traiter ensuite la question de l'autorisation au sens de l'art. 320 al. 2 CC délivrée aux parents par l'autorité tutélaire lorsqu'il est nécessaire de prélever des fonds sur les biens

de l'enfant pour subvenir à l'entretien, l'éducation ou la formation du mineur (chap. IV). La qualification juridique de cette autorisation (lit. A) sera analysée en vue d'en déterminer les conséquences sur la bonne foi de la banque confrontée aux actes d'administration et/ou de disposition du représentant légal (lit. B). Le décalage entre la loi et la pratique, ainsi que les conséquences y relatives analysées dans un souci de trouver des solutions (chap. V), permettront d'annoncer la conclusion, laquelle présentera une réflexion sur les options du disposant en faveur de l'enfant (chap. VI).

II. Gestion en général des biens de l'enfant par le représentant légal

A. Distinction entre biens et revenus

La loi ne donne aucune définition des biens de l'enfant. Il est admis qu'il s'agit de tous les droits de nature patrimoniale dont l'enfant est titulaire, biens mobiliers et immobiliers, créances, droits réels limités, droits de propriété intellectuelle¹.

Les biens de l'enfant forment une masse, dont le mineur est unique détenteur, distincte et indépendante des biens des père et mère². Selon la doctrine, la gestion exige d'un point de vue organisationnel une séparation stricte entre les biens des parents et ceux de l'enfant; cette scission facilite au demeurant la remise des biens à l'enfant suivant compte à la fin de l'administration par les parents conformément à l'art. 326 CC³.

En fonction des limites fixées par le législateur aux pouvoirs d'administration (cf. *infra* lit. B), de jouissance et/ou de disposition des parents (cf. *infra* lit. C), la notion de «biens», soit la substance du patrimoine ou la fortune, se distingue de celle de «revenus», produit de la fortune ou rémunération découlant de l'exercice d'une activité professionnelle (cf. art. 323 CC). Dorénavant dans cet article, l'usage du terme biens renverra en principe à la notion retenue par le législateur, recouvrant exclusivement la fortune de l'enfant.

¹ HEGNAUER, Kindesrecht, N 28.02; MEIER / STETTLER, N 433; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I *ab initio*; ROHDE, 37; SCHNEIDER, 20 s.

² PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I.

³ BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 318 N 8; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II C; ROHDE, 176.

B. Pouvoir d'administration

Le droit des parents d'administrer les biens et revenus de l'enfant est un attribut de l'autorité parentale (art. 318 al. 1 CC)⁴. Les détenteurs en commun de cette autorité, soit les parents mariés (art. 297 al. 1 CC), les parents non mariés ayant obtenu l'autorité parentale conjointe (art. 298a CC) et les parents divorcés avec attribution de l'autorité parentale conjointe (art. 133 al. 3 CC), exercent ensemble le pouvoir d'administrer les biens de l'enfant et en répondent solidairement. L'acte accompli par un seul parent sans l'accord de l'autre est en conséquence nul, mais la loi accorde au tiers de bonne foi la présomption selon laquelle chaque parent agit avec le consentement de l'autre (art. 304 al. 2 CC, cas d'application de l'art. 3 al. 1 CC)⁵. Nul ne peut toutefois invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui, conformément à l'art. 3 al. 2 CC⁶.

Le parent veuf (art. 297 al. 3 *ab initio* CC), divorcé ou séparé de fait ou de corps avec attribution exclusive de l'autorité parentale (art. 297 al. 2 et 3 *in fine*, 133 al. 2 CC), le parent non marié seul détenteur de l'autorité parentale (art. 298 CC) et le parent marié dont le conjoint a été privé de l'autorité parentale (art. 311/312 CC) sont seuls titulaires de l'autorité parentale et partant uniques responsables de l'administration des biens de l'enfant ; même s'il y a vie commune, l'autre parent n'a pas à donner son accord.

D'une manière générale, les mêmes règles s'appliquent que les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ou qu'un seul d'entre eux en soit le titulaire (sous réserve de l'art. 318 al. 2 CC)⁷. Contrairement au tuteur, les détenteurs de l'autorité parentale administrent de manière indépendante les biens de l'enfant et ne sont en conséquence pas soumis à la surveillance de l'autorité tutélaire (sauf cas particuliers : art. 318 al. 2 et 3, 320 al. 2 et 324 CC). Le droit du ou des détenteurs de l'autorité parentale d'administrer les biens de l'enfant et donc de représenter l'enfant à cet effet cesse lorsque l'autorité parentale prend fin⁸ ; ce droit peut toutefois aussi être retiré aux parents, ou à l'un deux, en cas de mise en péril des biens de l'enfant, ce sans suppression corrélatrice de l'autorité parentale (art. 325 CC). Le pouvoir d'administration ne s'étend au demeurant pas aux biens dits libérés au sens des art. 321 al. 2, 322 et 323 CC.

4 PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II *ab initio* et B.

5 TORNARE, chapitre II.

6 Sur l'articulation de l'art. 3 al. 1 et 2 CC, par ex. : ATF 131 III 511/521 c. 3.2.3, SJ 2005 I 589 ; ATF 119 II 23 c. 3a.

7 MEIER / STETTLER, N 435 ; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II B.

8 HEGNAUER, Erben, 28 ; MOOSER, 29.

La nécessité d'inclure dans les décisions importantes l'enfant capable de discernement au sens de l'art. 16 CC doit être soulignée (art. 301 al. 2 et 305 CC); il appartient en effet à une éducation responsable de sensibiliser l'enfant aux décisions d'administration qui étendront parfois leurs effets bien au-delà de la majorité⁹. La consultation de l'enfant capable de discernement et âgé de 16 ans au moins est d'ailleurs prévue par la loi pour tous les actes importants d'administration (art. 409 al. 1 CC, applicable par analogie par le biais de l'art. 304 al. 3 CC, selon lequel les dispositions sur la représentation du pupille s'appliquent par analogie, sauf celles qui concernent le concours des autorités de tutelle), alors qu'en matière d'administration de la tutelle, le pupille capable de discernement, âgé d'au moins 16 ans, est si possible appelé à la reddition des comptes, soumis par le tuteur à l'autorité tutélaire (art. 413 al. 3 CC). Une présomption de la capacité de discernement du mineur dès 16 ans dans la gestion de ses biens doit pouvoir en être déduite, sans exclure pour autant une telle capacité pour un enfant plus jeune en fonction de sa maturité; or, le mineur capable de discernement est apte à s'obliger avec le consentement de son représentant légal (art. 19 al. 1 CC et 410/411 CC par analogie). L'assentiment de l'enfant accordé à la gestion parentale ne décharge néanmoins pas le représentant légal de sa responsabilité (art. 409 al. 2 CC par analogie).

L'obligation d'administrer les biens de l'enfant est à la fois un droit-devoir (*Pflichtrecht*) des père et mère détenteurs de l'autorité parentale. Il est en principe attendu d'eux qu'ils s'en occupent de manière personnelle et gratuite, mais lorsque les parents ne sont pas aptes à assumer une telle tâche ou lorsque la structure des biens de l'enfant, leur ampleur, est telle qu'elle exige des compétences particulières, il est alors de la responsabilité des parents de se faire conseiller par un tiers compétent ou de déléguer l'administration des biens de l'enfant à un spécialiste en la matière¹⁰; la capacité des parents de gérer une importante fortune ne va pas de soi et ceux-ci engagent leur responsabilité au sens de l'art. 327 CC¹¹. Les détenteurs de l'autorité parentale répondent en effet pour la gestion des biens de l'enfant de la même manière qu'un mandataire (art. 327 al. 1 CC)¹²; il s'agit d'un renvoi aux art. 398 ss et 321a ss CO (*cf.* art. 398 al. 1 CO)¹³. Ils doivent exécuter avec soin la tâche d'administrer les biens de l'enfant et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de celui-ci.

⁹ MEIER/STETTLER, N 431, n. 811; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II; REUSSER, 78; SCHNEIDER, 21.

¹⁰ PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II.

¹¹ SCHWENZER, 690, doute de la capacité des parents à administrer de grosse fortune.

¹² BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 327 N 1; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II A et 327, partie I.

¹³ Sur l'interprétation en particulier de l'art. 321e al. 2 CO dans le cadre de la gestion parentale: BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 327 N 2; MEIER/STETTLER, N 448 et n. 838; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 327, partie I; ROHDE, 204 s.

A cet effet, l'objectif primordial de l'administration consiste à conserver la substance du patrimoine de l'enfant selon l'adage « *Kindesgut ist eisern Gut* »¹⁴. Si le mineur est propriétaire d'un bien immobilier, le détenteur de l'autorité parentale a en conséquence la charge d'ordonner toutes les réparations et les travaux d'entretien nécessaires à la conservation de ce bien. D'une manière générale, la limite au pouvoir d'administration des parents tient à l'interdiction de faire supporter au patrimoine de l'enfant des charges sans valeur en contrepartie, à l'instar de cadeaux d'importance ou de donations, sous réserve notamment des cadeaux d'usage¹⁵. Les biens du mineur doivent néanmoins si possible rapporter des fruits appropriés dans la mesure d'une saine gestion dépourvue de procédés spéculatifs¹⁶.

C. Pouvoirs de jouissance et de disposition

Les revenus, tels les intérêts, les dividendes de titres ou le rendement net d'un immeuble, sont destinés en priorité à la satisfaction des besoins courants, soit l'entretien, l'éducation et la formation de l'enfant lui-même (art. 319 al. 1 CC). La doctrine quasi unanime soutient l'existence de ce droit des parents à jouir des revenus des biens de l'enfant, quelle que soit la situation de fortune et de revenus des parents¹⁷. Dans la mesure où cela est équitable, c'est-à-dire si les propres revenus des représentants légaux n'y suffisent pas¹⁸, les revenus des biens de l'enfant peuvent être affectés aux besoins du ménage commun (art. 319 al. 1 *in fine* CC)¹⁹. L'utilisation des revenus conformément à l'art. 319 al. 1 CC ne libère pas les parents de leur obligation d'entretien (art. 276, 285 al. 1 et 302 CC), mais cette possibilité peut néanmoins alléger leur charge, voire les en soulager complètement durablement ou passagèrement. Depuis le 1^{er} janvier 1978, si les revenus ne sont pas utilisés, ils augmentent la masse des biens de l'enfant (art. 319 al. 2 CC); le surplus ne profite ainsi plus aux parents (cf. art. 293 aCC).

¹⁴ MEIER / STETTLER, N 434; adage abondamment repris, par ex. : BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 318 N 1; HEGNAUER, Kindesrecht, N 28.04; MOOSER, 31; REUSSER, 79.

¹⁵ BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 318 N 10 *in fine*; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II C.

¹⁶ MEIER / STETTLER, N 434; MOSER, 57 ss sur le maintien de la substance des biens de l'enfant, 67 ss sur le niveau raisonnable de productivité de ceux-ci; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II C.

¹⁷ HEGNAUER, Erträge, 16; MEIER / STETTLER, N 437; MOOSER, 17; REUSSER, 80; SCHNEIDER, 21; STETTLER, 461. *Contra*: BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 319 N 3 faisant intervenir la notion d'équité, voir également: art. 318 N 2 se référant à une obligation « *nachrangig* » de l'enfant; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 319, partie I A, sensible à ces arguments.

¹⁸ ATF 118 II 101/106, JdT 1995 I 103/107. HEGNAUER, Erträge, 17; SCHNEIDER, 21.

¹⁹ BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 319 N 4; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 319, partie I B; STETTLER, 461.

Pour les besoins du ménage, la substance des biens de l'enfant ne peut pas être entamée (art. 320 al. 2 CC *a contrario*), sous réserve de la réalisation des conditions des dispositions sur la dette alimentaire entre proches (art. 328/329 CC²⁰); même dans cette dernière hypothèse, les biens équitablement nécessaires à une bonne formation de l'enfant ne doivent toutefois pas être entamés²¹. Pour prélever sur la fortune du mineur, lorsque cela est nécessaire pour l'entretien, l'éducation ou la formation de l'enfant, le représentant légal doit en principe obtenir une autorisation de l'autorité tutélaire selon le système de protection mis en place par le législateur (art. 320 al. 2 CC; cf. *infra* chap. IV). Il n'appartient ainsi pas aux services cantonaux d'aide sociale d'exiger comme condition à leur intervention que la fortune de l'enfant soit mise à contribution en tout ou en partie; pour ce faire, l'autorité tutélaire, qui tient compte de l'importance de la fortune du mineur, du coût de son entretien et des ressources matérielles des père et mère, doit au préalable avoir accepté le principe et fixé la quotité d'une telle mise à contribution²² (voir néanmoins pour une approche plus souple s'agissant des pouvoirs du représentant légal: *infra* chap. IV, lit. A et chap. V *ab initio*). Ce qui n'est pas utilisé immédiatement peut ainsi l'être ultérieurement, mais aux conditions de l'art. 320 CO.

La doctrine admet néanmoins qu'il n'est pas exclu de constituer périodiquement des économies en vue de dépenses plus importantes à caractère unique ou extraordinaire²³. Cette approche a l'avantage d'échapper à la lourdeur du système et de permettre aux revenus non utilisés de ne pas perdre leur qualité de revenus afin de rester sous le champ du pouvoir de jouissance des parents au sens de l'art. 319 al. 1 CC. La construction, toute utile et intéressante qu'elle soit, n'en demeure pas moins quelque peu artificielle.

La fonction de remplacement de l'entretien des versements en capital, dommages et intérêts et autres prestations semblables, justifie l'exception à la règle selon laquelle les détenteurs de l'autorité parentale n'ont pas le droit d'utiliser la fortune de l'enfant²⁴. Conformément à l'art. 320 al. 1 CC, les pa-

²⁰ Sur les limites de la dette alimentaire au sens de l'art. 328 CC: ATF 132 III 97. Au 1^{er} janvier 2009, la Conférence suisse des institutions d'action sociale, CSIAS, a modifié ses normes relatives à l'obligation d'entretien par les parents proches, limitant cette obligation aux père et mère, enfants, grands-parents et petits-enfants, réalisant un revenu imposable de plus de Fr. 120 000 pour les personnes seules et de Fr. 180 000 pour les couples, cf. Jusletter du 5 janvier 2009.

²¹ HEGNAUER, Kindesrecht, N 28.09; MEIER/STETTLER, N 440 n. 819; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 319, partie I B; SCHNEIDER, 22. Voir une décision de l'*Obergericht* argovien, dont la date n'est pas précisée in RDT 1997 139.

²² AFFOLTER, 145; MEIER/STETTLER, N 440 n. 820; STETTLER, 464.

²³ BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 319 N 6 *in fine*; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 319, partie II *in fine*.

²⁴ PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 320, partie I.

rents peuvent en effet disposer par tranches, autant que les besoins courants de l'enfant l'exigent, de tels versements²⁵. Il appartient aux parents dans l'exercice de leur droit et devoir de gérer les biens de l'enfant de décider dans quelle proportion les prestations en capital seront périodiquement affectées à l'entretien de l'enfant, sans besoin pour ce faire d'une autorisation de l'autorité tutélaire (cf. art. 320 al. 2 CC), sous réserve du cas particulier où cette autorité, dans la crainte que les montants prélevés sur les biens ne soient pas utilisés conformément à la loi, en a confié l'administration à un curateur (art. 325 al. 3 CC). Le cas des allocations familiales placées sur un compte bancaire par le parent doit ainsi être distingué de celui des biens remis par stipulation au sens de l'art. 321 CC (cf. *infra* chap. III), dans la mesure où le parent conserve de par la loi le droit de prélever sur la substance de ce compte en vue de couvrir les besoins courants de l'enfant²⁶; la responsabilité parentale y relative s'analyse à la lumière de l'art. 327 CC. A la faveur d'une saine et claire gestion, les biens au sens de l'art. 320 al. 1 CC, étant donné leur statut particulier, devraient rester distincts des autres biens de l'enfant²⁷.

Le système instauré par le législateur implique que la gestion des biens et revenus de l'enfant par les père et mère n'entraîne pas, ou seulement de manière indirecte et exceptionnelle, une réelle fluctuation de leur ampleur. Cela est vrai même si les père et mère peuvent utiliser les revenus des biens de l'enfant pour l'entretien de ce dernier, voire de manière exceptionnelle pour les besoins du ménage (art. 319 al. 1 CC), ou si l'enfant est tenu envers ses parents en tant que débiteur de la dette alimentaire (art. 328 al. 1 CC). Les biens de l'enfant peuvent par ailleurs également s'accroître notamment par les revenus mêmes de la fortune, par le salaire gagné par l'enfant, par des donations, des héritages, des rentes d'entretien ou des prestations d'assurance.

Le principe de l'intangibilité des biens de l'enfant a en conclusion des limites et l'ampleur de cette masse est appelée à se modifier²⁸. La marge de manœuvre des détenteurs de l'autorité parentale dans la gestion des biens de l'enfant mérite attention; elle est dictée en grande partie par les enjeux de leurs propres intérêts.

D. Conflit d'intérêts

Les parents n'ont pas le droit d'utiliser les biens de l'enfant au vu de servir un intérêt qui leur est exclusivement réservé. Constitue ainsi un acte

²⁵ HEGNAUER, Adoption, 26 ss; MEIER/STETTLER, N 439 n. 818; MOSER, 41; REUSSER, 79; SCHNEIDER, 22.

²⁶ Dans un sens similaire: TORNARE, chapitre II.

²⁷ BaK-BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 320 N 3; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 320, partie I *in fine*.

²⁸ PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I.

d'intercession de l'enfant dans l'intérêt des parents la garantie fournie par le mineur pour une dette contractée par son représentant légal, que ce soit notamment une promesse de garantie ou un cautionnement (cf. art. 408 al. 1 et 304 al. 3 CC); il en va de même lorsque le mineur accepte un prêt qu'il met à la disposition de son ou ses représentants légaux²⁹. Dans de telles hypothèses, étant donné le conflit existant entre les intérêts de l'enfant et ceux des détenteurs de l'autorité parentale, la protection du mineur exige que lui soit nommé un curateur de représentation conformément à l'art. 306 al. 2 CC, lequel reprend le principe général reconnu à l'art. 392 ch. 2 CC relatif aux causes de la curatelle et entraîne l'application des art. 421 et 422 CC³⁰.

Or, la gestion des biens de l'enfant est un haut lieu de conflits potentiels entre les intérêts du ou des détenteurs de l'autorité parentale et ceux de l'enfant. Aux exemples précédents s'en ajoutent d'autres, dans lesquels le conflit peut être moins patent. Il est ainsi reconnu qu'il y a collision d'intérêts lorsque les parents et l'enfant font partie d'une même communauté d'héritiers; dans cette hypothèse, il est recommandé en doctrine que le curateur de représentation nommé à l'enfant ne soit pas l'exécuteur testamentaire³¹.

La jurisprudence, dans une décision ancienne, n'a en revanche pas admis de conflit d'intérêts lorsque le mineur acquiert un bien dont il garde la propriété, notamment lorsqu'il achète un immeuble dont il reste propriétaire sans égard au fait que les parents exercent le droit de jouir de ce bien, qu'ils habitent la maison ou qu'ils en tirent profit d'une autre manière³².

Il n'est en conséquence pas toujours aisé de trancher la question de savoir s'il y a dans le cas d'espèce collision d'intérêts. Deux arrêts du Tribunal fédéral illustrent cette difficulté. Dans la première affaire, plus ancienne, les intérêts du tuteur ont été confrontés à ceux du pupille, dont les deux parents étaient décédés; il s'agissait de la vente de la maison de vacances de la pupille à la belle-fille du tuteur. Or, le lien personnel a été jugé si étroit entre le tuteur et le cocontractant, qu'il fallait admettre une influence potentielle du comportement du représentant légal par la prise en considération des intérêts du cocontractant³³; le caractère avantageux du prix versé par la belle-fille, locataire de la maison, soit Fr. 80 000 alors que la maison était estimée à

²⁹ ATF 65 II 110, JdT 1939 I 616. PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I A. Voir également: LOMBARDINI, 334 N 49 *in fine*, relevant que la banque ne peut accepter la mise en gage des avoirs du mineur pour des opérations des parents, et sur l'octroi d'un crédit par l'enfant: ROHDE, 155 s.

³⁰ HEGNAUER, Schenkungen, 106. En détail sur l'opposition d'intérêts: MARXER KELLER, 92 ss; MOSER, 190 ss.

³¹ BREITSCHMID, Bankkonto, 227; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I A. Néanmoins plus nuancé: ROHDE, 104.

³² ATF 65 II 110, JdT 1939 I 616. PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I A.

³³ ATF 107 II 105, JdT 1982 I 106. MOSER, 192; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I A.

Fr. 70 000 par un architecte, expert neutre et recommandé par l'autorité tutélaire, n'influença pas davantage la question de l'existence même d'un conflit d'intérêts. Dans la seconde affaire, un pacte dit de «renonciation à succession à titre onéreux», passé au nom d'enfants mineurs par la détentrice de l'autorité parentale avec les parents de l'époux prédécédé, n'obligea pas les enfants alors que l'autorité tutélaire n'avait pas été requise de nommer un curateur en raison du conflit opposant les intérêts de la mère et ceux des enfants³⁴. La présence d'un conflit d'intérêts est apparue dans ces deux affaires peu évidente, le contrat signé par le tuteur ayant été vérifié et approuvé par l'autorité tutélaire, laquelle avait au préalable accordé l'autorisation de principe de vendre l'immeuble de gré à gré en ayant connaissance du lien de parenté existant entre le tuteur et la cocontractante, alors que le notaire instrumentant le pacte n'en avait semble-t-il pas davantage fait état.

Les enseignements suivants peuvent être tirés de ces jurisprudences. Tout d'abord, la protection du mineur n'est réellement assurée que dans la mesure où une mise en danger abstraite de ses intérêts, soit la seule probabilité d'un conflit d'intérêts, suffit pour exiger la désignation d'un représentant *ad hoc*, ce au risque d'en faire souffrir la sécurité du droit. Du point de vue juridique, il est au demeurant sans importance de savoir dans quelle mesure le représentant légal a effectivement à cœur de sauvegarder les intérêts du représenté. Le Tribunal fédéral n'est pas davantage entré en matière sur une interprétation potentiellement différente du conflit d'intérêts en matière de représentation légale par les parents comparée à la représentation assurée par un tuteur.

Ensuite, les pouvoirs du représentant légal s'éteignent dès que surgit un conflit d'intérêts et non dès l'institution de la curatelle³⁵. Le représentant légal qui agit malgré ce conflit est en conséquence dépourvu du pouvoir de représentation nécessaire et l'acte n'oblige en principe pas le représenté.

Se pose alors la question suivante : la bonne foi du tiers qui conclut un contrat avec le représentant légal d'un mineur ou interdit peut-elle suppléer le défaut de pouvoir de représentation si, d'après les apparences, ce tiers pouvait se fier à l'existence de ces pouvoirs ? Le Tribunal fédéral est très récalcitrant à appliquer les principes de la représentation volontaire à la représentation légale, soit à reconnaître à la bonne foi le pouvoir de rendre valable un acte juridique vicié, « ce qui se ferait aux frais du protégé »³⁶. Il se résout à admettre qu'il est tenu compte du besoin de protection de la personne pourvue d'un représentant légal en se montrant très exigeant concernant la diligence

³⁴ ATF 118 II 101 c. 6c, JdT 1995 I 103. HEGNAUER, Kindesrechts, N 28.06 ; MOSER, 192 ; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I A.

³⁵ ATF 107 II 105, JdT 1982 I 106 c. 5. PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I A ; TORNARE, chapitre II.

³⁶ ATF 107 II 105, JdT 1982 I 106 c. 6a. TORNARE, chapitre III.

dont doit faire preuve le tiers qui se prévaut de sa bonne foi³⁷. Les réticences de notre Haute Cour donnent la mesure de l'interprétation des termes « très exigeant ».

Dans les deux affaires précitées, la protection liée à la bonne foi du tiers n'est d'ailleurs pas accordée par le Tribunal fédéral. Dans le cas de la belle-fille cocontractante, étant donné que celle-ci connaissait le lien qui l'unissait au tuteur, elle était partant de mauvaise foi, l'approbation par l'autorité tutélaire de l'acte juridique passé par un tuteur privé de pouvoir de représentation ne pouvant supprimer le vice qui l'affectait, ni au demeurant la confiance que la belle-fille avait mise dans cette approbation. Dans la seconde affaire, les grands-parents devaient se rendre compte de la collision d'intérêts dès lors que la situation des membres de la famille de leur fils décédé leur était familière et qu'ils avaient déjà versé plusieurs fois des montants de soutien.

Il peut à notre sens être déduit de la jurisprudence que dès la naissance d'un doute sur un potentiel conflit d'intérêts, celui-ci existe au moins abstraitement, de sorte que le représentant légal est derechef sans pouvoir dans le cadre objectivement délimité par le conflit d'intérêts. Exception faite de cette affaire concrète, le représentant légal ou le tuteur demeure en effet habilité et tenu d'agir pour l'enfant, respectivement le pupille.

La question de l'existence d'un conflit entre les intérêts du représentant légal et ceux de l'enfant ainsi que les conséquences y relatives sur le pouvoir de représentation conduisent à traiter de la problématique du compte d'épargne ouvert en faveur de l'enfant.

Des questions liées au carnet d'épargne jeunesse interpellent en effet le parent qui, à l'orée des dix-huit ans de son enfant, craint que le compte doté d'une somme, peut-être coquette, ne soit soldé en partie ou en totalité par l'enfant dès que possible pour un but que le parent désapprouve: le représentant légal est-il en droit de disposer des avoirs en compte avant l'âge de la majorité, en particulier aux fins de conserver cet argent pour l'enfant dans l'attente de l'âge de raison³⁸? Peut-il prélever sur ce compte, et si oui dans quelle mesure, pour l'entretien, l'éducation ou/et la formation de l'enfant?

Mais des questions tourmentent également la banque dans laquelle le compte a été ouvert. Quelle attitude doit-elle avoir face à un parent décidé à prélever sur le compte de l'enfant? Son regard et son devoir changent-ils en fonction en particulier de l'ampleur du prélèvement?

³⁷ ATF 107 II 105, JdT 1982 I 106/115 s et réf. Voir également: ATF 86 II 206, JdT 1960 I 573 et 45 II 118, JdT 1919 I 501. PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I A.

³⁸ BREITSCHMID, Fragen, 217 ss, inquiet à l'abaissement de l'âge de la majorité au 1^{er} janvier 1996 à 18 ans compte tenu des risques accrus encourus par les jeunes majeurs.

E. Compte d'épargne jeunesse

Les règles générales du droit des obligations et des droits réels s'appliquent aux contestations liées à la titularité d'une créance attestée par un compte d'épargne ; il s'agit en principe d'un compte de dépôt pour le placement des avoirs³⁹. L'ouverture d'un compte d'épargne en faveur et au nom de l'enfant, de la part des parents ou d'un tiers, à l'instar de parrain/marraine, constitue, en l'absence de circonstances particulières, une stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO⁴⁰ ; il doit être clairement indiqué que l'enfant, bénéficiaire de la stipulation, est le destinataire de la prestation due, soit le titulaire et l'ayant droit économique de ces actifs. Il n'est toutefois pas nécessaire pour la banque de vérifier formellement l'identité du cocontractant en cas d'ouverture d'un compte, d'un dépôt ou d'un livret au nom d'un mineur par une tierce personne majeure, si les valeurs patrimoniales déposées lors de l'ouverture n'excèdent pas Fr. 25 000 ; il convient en lieu et place de vérifier l'identité de la personne majeure qui ouvre le compte, le dépôt ou le livret⁴¹. La stipulation est conclue *causa donandi*, dans la mesure où le constituant veut opérer une attribution immédiate et définitive⁴² ; l'acceptation de la libéralité, qui peut être tacite, est présumée lorsqu'il n'y a pas de charge⁴³. Elle est donnée par le représentant légal si l'enfant est incapable de discernement⁴⁴. Le représentant légal est par ailleurs en droit de défendre au mineur capable de discernement d'accepter la donation ou d'ordonner sa restitution, la donation étant alors non avenue ou révoquée conformément à l'art. 241 al. 2 CO, ce à l'exception des cadeaux d'usage ou de l'argent de poche dont l'enfant dispose librement⁴⁵. Même l'acte gratuit peut en effet être contraire aux intérêts du mineur, par exemple en raison des motifs ou de la personne du donateur, et le représentant remplit alors son devoir de protection au sens des art. 272 et 304 CC en opposant son refus⁴⁶.

³⁹ LOMBARDINI, 321 N 1, sur les divers types de comptes, étant précisé que la banque n'a jamais l'obligation d'ouvrir un compte, cf. N 2. Sur la boîte de Pandore juridique ouverte en créant un compte au nom d'un tiers et en y versant de l'argent : RUSCH, 561 ss.

⁴⁰ ATF du 4 août 1995 in RJB 1996 99. RUSCH, 562 s.

⁴¹ Ch. 18 de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques 2008 (CDB 08), disponible sous : <http://www.swissbanking.org/fr/20080410-vs-b-cwe.pdf>.

⁴² ATF 68 II 36, JdT 1942 I 314.

⁴³ PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I B.

⁴⁴ BADDELEY, CR-CO I, art. 241 N 11.

⁴⁵ PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II B. Sur le pouvoir de disposition de l'enfant relatif à l'argent de poche : DESCHENAUX/STEINAUER, N 261 s.

⁴⁶ BADDELEY, CR-CO I, art. 241 N 15 et 19 ; HEGNAUER, Schenkungen, 106 ss ; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 321/322, partie I. Contre la décision de refus des parents, seule une mesure protectrice des biens de l'enfant entre en ligne de compte (art. 304 al. 3, 308 al. 2, 324 al. 1 et 2 et 325 al. 1 CC) : BADDELEY, CR-CO I, art. 241 N 19.

Le seul fait d'ouvrir un compte d'épargne au nom d'un enfant mineur ne permet toutefois pas de conclure à un bien remis par stipulation au sens de l'art. 321 CC, tant que le constituant conserve le pouvoir de disposer ; il convient d'examiner l'acte d'ouverture du compte afin d'en déduire la volonté du déposant de constituer un bien libéré⁴⁷. La banque n'a en conséquence pas à fournir à l'autorité tutélaire de renseignements relatifs à un compte ouvert à l'intention d'un mineur par une personne, désormais décédée, lorsque celle-ci s'est réservé le droit de disposition sur le compte jusqu'à la majorité du titulaire et que le mineur n'a pas qualité d'héritier du défunt ; seuls les héritiers du *de cuius* sont en effet autorisés à intervenir auprès de l'établissement bancaire au sujet dudit compte⁴⁸.

Si le constituant se réserve la possibilité de disposer et de retirer les fonds épargnés jusqu'à sa mort, il ne s'agit pas davantage d'un bien remis par stipulation au sens de l'art. 321 CC, mais, selon le Tribunal fédéral, d'une promesse de donner à cause de mort qui confère au bénéficiaire uniquement une créance⁴⁹. Les donations dont l'exécution est fixée au décès du donateur sont soumises aux règles concernant les dispositions pour cause de mort (art. 245 al. 2 CO, dont la forme olographique cf. art. 505 al. 1 CC). Indépendamment de la question du respect de la forme légale, le donataire, assimilé à un légataire, dispose au décès du donateur d'une action personnelle contre les héritiers en délivrance de ces avoirs (art. 562 CC)⁵⁰ ; l'objet de la donation, dont le *de cuius* avait gardé l'entière propriété, est en effet devenue de plein droit la propriété commune des héritiers selon l'art. 560 CC. La jurisprudence précise que le donataire n'a en conséquence pas qualité pour exiger de la banque la mise à disposition des avoirs déposés tant que les héritiers n'ont pas exécuté la donation⁵¹.

En l'absence des circonstances particulières susmentionnées, il découle de la constitution d'un compte d'épargne « jeunesse » et du versement de fonds sur ce compte pendant la minorité de l'enfant la présomption irréfragable d'une donation en faveur de l'enfant⁵². Celui-ci est dès lors propriétaire des fonds et a droit, à sa majorité, à leur délivrance (art. 326 CC). Au besoin, il

⁴⁷ PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 321/322, partie II.

⁴⁸ Décision de l'Autorité tutélaire de surveillance neuchâteloise du 14 décembre 2004 *in* RJN 2004 62 ss. PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I B.

⁴⁹ ATF 89 II 87/90 ; voir également : ATF du 4 août 1995 *in* RJB 1996 99 s. BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 318 N 4 ; IDEM, Bankkonto, 227 s ; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I B.

⁵⁰ AUBERT, Procuration, 289 et réf. ; IDEM, Responsabilité, 144 ; LOMBARDINI, 342 N 73, par rapport au légataire.

⁵¹ ATF 89 II 87, 93 s.

⁵² Cf. prise de position du 6 juin 1980 de l'OFJ *in* RDT 1980 112 N 9 et JAAC 1980 538 N 112. PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I B et art. 326, partie II.

peut intenter une action en remise de biens, les parents étant en demeure de s'exécuter sans interpellation préalable dès que l'enfant devient majeur⁵³.

Qu'en est-il du pouvoir d'administration, de jouissance et/ou de disposition des représentants légaux sur ces fonds dont l'enfant est propriétaire? La problématique du compte d'épargne en faveur de l'enfant amène alors à celle de la gestion des biens dits libérés et en partie à l'articulation des art. 321 et 322 CC, dont les relations ne sont guère claires, qu'il s'agisse des liens entre les art. 321 al. 2 et 322 al. 1 CC ou entre les alinéas 1 et 2 de l'art. 321 CC⁵⁴. Les biens libérés sont soustraits, soit à la disposition des représentants légaux (art. 321 al. 1 CC), soit à leur administration (art. 321 al. 2 et 322 CC), soit aux deux pouvoirs (art. 321 al. 1 et 2 et 323 CC). La question de savoir si la soustraction au droit de disposer et/ou d'administrer des biens est valable ou non doit au demeurant être tranchée par le juge et non par les autorités tutélaires⁵⁵.

III. Gestion particulière afférente aux biens libérés au sens de l'art. 321 al. 1 CC

La libéralité, faite à l'enfant pour que le montant en soit placé à intérêt ou sur carnet d'épargne, est un bien libéré de par la loi, dont les revenus sont soustraits à la jouissance des père et mère sans besoin d'une volonté expresse en ce sens du disposant (art. 321 al. 1 *ab initio* CC). Une libéralité est tout avantage patrimonial attribué à titre gratuit, que l'attribution résulte de la loi ou d'un acte juridique; c'est avant tout la donation au sens des art. 239 ss CO, mais également une part successorale ou un legs⁵⁶. Malgré la note marginale de l'art. 321 CC, la loi vise ainsi tant les libéralités entre vifs que les libéralités pour cause de mort⁵⁷. Si la libéralité ne consiste pas en un montant placé à intérêt ou sur carnet d'épargne, le disposant a également le pouvoir d'en soustraire les revenus à la jouissance parentale, ce alors expressément (art. 321 al. 1 *in fine* CC). La réserve de l'enfant est le seul bien dont la jouissance ne peut être soustraite aux parents (art. 322 al. 1 CC), alors que par dispositions pour cause de mort l'administration parentale peut en être exclue⁵⁸.

L'administration des libéralités au sens de l'art. 321 al. 1 CC appartient néanmoins aux père et mère, l'enfant n'obtenant en conséquence pas une

⁵³ MOOSER, 18 et n. 26; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 326, partie II.

⁵⁴ PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 321/322, partie I A.

⁵⁵ MOOSER, 17. Sur les voies de contestation de la constitution de biens libérés au sens des art. 321 et 322 CC: ROHDE, 89 ss.

⁵⁶ ATF 63 II 2, JdT 1937 I 496. CORNAZ, 11.

⁵⁷ MOOSER, 18 et n. 26; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 321/322, partie I B.

⁵⁸ BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 321/322 N 4; MOOSER, 20 et réf. n. 34; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 321/322, partie I A; REUSSER, 80.

capacité civile spéciale en relation avec ces biens, sauf si le disposant a expressément exclu le pouvoir d'administration parental lorsqu'il a fait ses libéralités (art. 321 al. 2 CC)⁵⁹. Dans ce dernier cas, l'administration de ces biens peut appartenir au disposant lui-même, à un tiers que le disposant a désigné, à l'enfant capable de discernement ou à un curateur de représentation⁶⁰.

Les père et mère ne peuvent ainsi disposer des revenus des libéralités au sens de l'art. 321 al. 1 CC, indépendamment de savoir s'ils ont ou non été privés de leur administration (art. 321 al. 2 CC). Même dans les limites de l'art. 319 al. 1 CC, un prélèvement par les détenteurs de l'autorité parentale ne saurait en conséquence être autorisé; ces revenus viennent dès lors accroître les biens de l'enfant, surplus entrant dans la fortune du mineur et perdant sa qualité de revenus. Seule une autorisation délivrée par l'autorité tutélaire aux conditions de l'art. 320 al. 2 CC peut permettre un prélèvement sur le capital de ces libéralités; le disposant n'a en effet pas, selon la doctrine quasi unanime, le pouvoir de soustraire à la jouissance parentale les biens libérés de l'enfant si les conditions de l'art. 320 al. 2 CC sont réalisées⁶¹. Cette interprétation se fonde sur le texte même de l'art. 321 al. 1 CC qui exclut la seule disposition des revenus des biens libérés.

Tel est le système voulu par le législateur dans un souci de protection des biens et de l'intérêt de l'enfant, reconnu de rang constitutionnel en droit suisse⁶². Or, à Genève, l'autorité tutélaire ne se rappelle pas avoir délivré d'autorisation au sens de l'art. 320 al. 2 CC; dans les statistiques des autorités tutélaires suisses, aucune colonne n'est même réservée à l'art. 320 al. 2 CC⁶³.

L'on peut également penser, peut-être certes naïvement, que la volonté des parents n'est pas celle de mettre les biens de l'enfant en péril, ni davantage de se les approprier arbitrairement; des prélèvements sur les biens de l'enfant dans l'intention de lui nuire constituerait au demeurant une infraction pénale, soit un abus de confiance⁶⁴.

⁵⁹ DESCHENAUX/STEINAUER, N 265; MARXER KELLER, 23; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 321/322, partie I.B.

⁶⁰ Sujet hautement controversé: BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 318 N 15 et réf.; DESCHENAUX/STEINAUER, N 267 s; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie II B.

⁶¹ BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 321/322 N 3 *in fine*; MOOSER, 21; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 321/322, partie I A. Dans ce sens également: décision du *Bezirksrat* de Pfäffikon du 17 juin 1985 *in* RDT 1986 77/79 n'admettant pas un prélèvement sur un livret d'épargne pour assurer rétroactivement le paiement de frais d'entretien et d'habillement. *Contra*: STETTLER, 465 qui n'admet aucun prélèvement, suivi en cela par la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal vaudois dans une décision du 23 juillet 1997 *in* RDT 1998 103/105; mais l'auteur semble revenir sur ce point de vue, cf. MEIER/STETTLER, N 442 s et surtout note 825.

⁶² ATF 132 III 359/373 c. 4.4.2; ATF 5A.482/2007 du 17 décembre 2007 c. 4.1.1.

⁶³ Dernière édition *in* RDT 2008 515 ss.

⁶⁴ SPITZER, 6 ss.

Il n'en demeure pas moins que les père et mère qui prélèvent sans l'autorisation de l'autorité tutélaire sur la fortune de l'enfant, qu'il s'agisse au demeurant d'un bien libéré au sens de l'art. 321 al. 1 CC ou non, peuvent engager leur responsabilité, calquée sur celle du mandataire (art. 327 al. 1 CC, 398 ss et 321a ss CO, cf. *supra* chap. II, lit. B). A défaut d'autorisation, tout prélèvement sur les biens constitue-t-il alors une violation des obligations du mandataire⁶⁵? Cette étape du raisonnement amène en conséquence à l'analyse de l'autorisation, de sa qualification et des conséquences y relatives.

IV. L'autorisation au sens de l'art. 320 al. 2 CC

En l'absence de toute disposition expresse contraire, l'autorisation délivrée par l'autorité tutélaire, si elle est demandée et octroyée, emporte dispense de restitution ; le refus exprès de dispenser de la restitution ouvre en revanche l'action du chef de la gestion d'affaires et les père et mère seront alors tenus de restituer capital et intérêts (art. 327 al. 3 *a contrario* CC)⁶⁶. Un prélèvement peut en effet être autorisé en raison de difficultés passagères des débiteurs de l'entretien dues à des carences imputables à négligence, la doctrine soutenant alors de manière convaincante que l'autorisation doit être soumise à l'obligation de restitution ultérieurement⁶⁷.

Lorsque les conditions de l'art. 320 al. 2 CC sont réalisées, c'est-à-dire lorsqu'il est nécessaire pour subvenir à l'entretien, à l'éducation ou à la formation de l'enfant de permettre aux père et mère de prélever sur la fortune du mineur, l'autorité tutélaire ne peut pas refuser le prélèvement, mais doit en fixer le montant, la fréquence et le but⁶⁸; la loi lui laisse en sus la seule faculté d'accorder ou non la dispense de remboursement⁶⁹. L'autorité tutélaire n'a ainsi pas davantage la compétence de négocier, par exemple un prêt du mineur à ses père et mère, au lieu de donner son autorisation⁷⁰.

La question de savoir si la décision de l'autorité tutélaire est constitutive ou déclarative est controversée⁷¹; cette qualification est essentielle pour

⁶⁵ Dans ce sens : STETTLER, 464.

⁶⁶ MOSER, 153 et n. 211; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 320, partie II.

⁶⁷ MOSER, 149 s.; STETTLER, Partie III, 464 *in fine*.

⁶⁸ AMREIN / GULER / HÄFELI, Modèle 715; BREITSCHMID, BaK-ZGB I, art. 320 N 4; TUOR / SCHNYDER / SCHMID / RUMO-JUNGO, 442 spécifient : « *nur für bestimmte Beträge!* ». S'agissant du prélèvement sur la fortune d'un orphelin : AFFOLTER, 141 ss. Par ex. : décision du *Bezirksrat* de Pfäffikon du 17 juin 1985 in RDT 1986 77/79.

⁶⁹ MOSER, 152 et n. 210, critiquant à juste titre un refus d'autorisation fondé sur le motif que les père et mère vivaient dans l'inconduite. Dans le même sens : SCHIESSER, 120.

⁷⁰ PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 320, partie II.

⁷¹ Constitutive pour MOSER, 153 s. n. 214, alors que déclarative pour SCHIESSER, 114 s. Le Tribunal fédéral n'a à notre connaissance pas tranché cette question.

déterminer l'éventuelle sanction d'un prélèvement opéré sans demander l'autorisation tutélaire⁷².

A. Qualification de l'autorisation au sens de l'art. 320 al. 2 CC

Si l'octroi de l'autorisation au sens de l'art. 320 al. 2 CC implique celui des pouvoirs nécessaires pour opérer le prélèvement, la décision de l'autorité tutélaire est constitutive. Le juge saisi ultérieurement de l'action visée à l'art. 327 CC ne conserve alors son indépendance face à ce prélèvement que si une demande d'autorisation n'a pas été déposée devant l'autorité tutélaire. Dans cette optique, l'autorisation de l'autorité tutélaire est une condition nécessaire de la dispense de restituer ; tout retrait non autorisé, même nécessaire et justifié par les besoins de l'enfant, entraîne l'obligation des parents à indemniser (art. 327 al. 3 CC), soit à restituer. Cette conception revient à admettre qu'il y a toujours un conflit d'intérêts à tout le moins abstrait entre parents et enfant, même si le retrait est justifié, le représentant légal ayant un intérêt propre à prélever sur les biens du mineur car son obligation d'entretien s'en trouve allégée. Dans ce sens, tout représentant légal qui prélève sur la fortune de l'enfant sans autorisation est dénué du pouvoir y relatif, l'autorisation exigée à l'art. 320 al. 2 CC ayant été voulue par le législateur pour qu'un regard neutre désintéressé, celui de l'autorité tutélaire, tranche et accorde partant les pouvoirs nécessaires. Dans le système de protection mis en place par le législateur, celui-ci a d'ailleurs voulu que l'autorisation doive être obtenue avant le prélèvement. L'autorité tutélaire a une fonction similaire à celle du curateur de représentation nommé pour représenter l'enfant étant donné la collision entre les intérêts du mineur et ceux du détenteur de l'autorité parentale (art. 392 ch. 2 CC ; cf. *supra* chap. II, lit. D).

En soutenant à l'inverse une conception purement déclarative, il en découle que le juge saisi sur la base de l'art. 327 CC n'est pas lié par le prononcé intervenu en application de l'art. 320 al. 2 CC, pas plus que par son absence. L'autorisation prévue à l'art. 320 al. 2 CC n'est dans cette optique qu'une prescription d'ordre, laquelle n'entraîne pas de sanctions pour le cas où le prélèvement non autorisé sur les biens de l'enfant était matériellement justifié (cf. art. 327 al. 3 CC)⁷³. Mais si l'autorité tutélaire a octroyé une autorisation de prélèvement sur les biens de l'enfant, alors que les conditions de l'art. 320 al. 2 CC n'étaient pas réalisées, les autorités de tutelle en supportent la responsabilité et non les parents.

⁷² Relativisant néanmoins cette divergence de doctrine : TORNARE, chapitre III.

⁷³ Présentant les deux courants de doctrine, cf. note *supra* 71 : PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 320, partie II.

Indépendamment du caractère constitutif ou déclaratif de l'autorisation, le détenteur de l'autorité parentale qui, sans l'autorisation de l'autorité tutélaire et alors que les conditions de l'art. 320 al. 2 CC ne sont pas remplies, retire des capitaux de l'enfant, agit toujours sans pouvoir. Le prélèvement est injustifié lorsqu'il ne s'agit pas d'un cas de nécessité et/ou lorsque le but est autre que ceux visés par la disposition précitée. Dans le cas d'un prélèvement injustifié, il y a de surcroît manifestement conflit entre les intérêts du représentant légal et ceux de l'enfant, et partant absence de pouvoir de représentation du parent (cf. *supra* chap. II, lit. D). Le tiers, en particulier la banque dépositaire du compte d'épargne, peut-il alors être tenu responsable pour avoir laissé prélever sur les biens de l'enfant ? Or, le tiers est protégé dans la mesure où il a agi de bonne foi (cf. *supra* également chap. II, lit. D).

B. Conséquence de la qualification de l'autorisation sur la bonne foi de la banque

En suivant le courant doctrinal qui soutient le caractère constitutif de l'autorisation délivrée par l'autorité tutélaire sur la base de l'art. 320 al. 2 CC, la banque dépositaire du compte ouvert au nom de l'enfant, s'il s'agit d'un bien libéré de par la loi (art. 321 al. 1 CC ; cf. *supra* chap. II, lit. E), pourra très difficilement faire valoir sa bonne foi, alors qu'elle sait ou à tout le moins doit savoir que chaque retrait, et quelle que soit son importance, nécessite pour être en conformité avec la loi, ladite autorisation.

La banque ne saurait à notre sens se disculper en arguant que sa relation contractuelle ne s'étend pas à la question des rapports entre l'enfant et son représentant légal, dans le sens où l'enfant conserve le droit de faire valoir l'il-légalité de l'acte du représentant par le biais d'une action fondée sur l'art. 327 CC et dirigée contre le parent⁷⁴. En défendant ce point de vue, il pourrait être soutenu qu'admettre la bonne foi de la banque qui suit les instructions du parent ne revient pas à rendre valable un acte juridique vicié, étant donné que le prélèvement demeure un acte juridique non valide de la part du détenteur de l'autorité parentale, qui partant engage sa responsabilité ; une action en restitution de l'enfant à l'encontre de celui-ci pourra aboutir. Ce raisonnement méconnaît néanmoins la fragilité de la position de l'enfant, réduit à se retourner contre son représentant légal, à savoir dans la grande majorité des cas son ou ses parents. De surcroît, si l'acte du parent n'est pas validé, il n'en demeure pas moins que celui de la banque l'est puisque l'enfant n'a pas la possibilité de poursuivre cette dernière en responsabilité.

⁷⁴ Dans ce sens : RDT 1961 78, rubrique boîte aux lettres, dans laquelle il est défendu que l'assentiment de l'autorité tutélaire concerne exclusivement les relations entre les parents et l'enfant, les détenteurs de l'autorité parentale étant habilités à disposer librement des biens de l'enfant sans que la banque puisse exiger la présentation d'une autorisation.

D'une manière analogue, la banque ne saurait se retrancher derrière l'action que détiennent les héritiers contre celui qui aurait indûment pris possession de papiers-valeurs, lorsqu'elle a accepté d'exécuter un mandat donné par le *de cuius* afin de ne pas révéler aux héritiers certains faits de nature intime. La validité *post mortem* de l'exécution d'un tel mandat est acceptée en doctrine, pour autant que cela ne porte pas préjudice aux intérêts successoraux des héritiers ; lorsque la banque accepte ainsi que la volonté du client soit respectée, il lui appartient de prendre certaines précautions, notamment, si les documents sont contenus dans une enveloppe, de vérifier qu'il s'agit effectivement d'une correspondance et non de papiers-valeurs qui doivent faire partie de la masse successorale⁷⁵.

Or, la banque, dans laquelle le compte a été ouvert au nom de l'enfant, est confrontée à un parent sans pouvoir si ce dernier n'a pas obtenu l'autorisation à caractère constitutif validant son retrait. Etant donné l'absence d'autorisation délivrée en pratique par les autorités tutélaires, la banque, qui ne saurait nier cette réalité, se trouve de surcroît nécessairement face à un représentant sans pouvoir. Les exigences très élevées posées par la jurisprudence quant à la diligence requise du tiers pour admettre la bonne foi de celui-ci (cf. *supra* chap. II, lit. D) ne nous apparaissent manifestement pas remplies. Le courant de doctrine accordant à l'autorisation valeur constitutive condamne en conséquence la banque à être de mauvaise foi lorsque celle-ci fait suite à une demande du représentant légal de retrait, partiel voire même total, sur le compte de l'enfant, sachant que l'autorisation et partant le pouvoir de disposition font défaut ; la banque ne se libère en conséquence pas valablement de son obligation de restituer envers l'enfant. Il en va par ailleurs de même s'il est soutenu que tout prélèvement sur les biens libérés de l'enfant au sens de l'art. 321 al. 1 CC est exclu (cf. *supra* note 61, courant néanmoins très minoritaire) ; cette voie aurait l'avantage de la simplicité, étant donné que l'exclusion de tout pouvoir de disposition ne permet aucun prélèvement, seul l'enfant à la majorité étant titulaire de ce droit.

Qu'en est-il en suivant le courant doctrinal prônant une approche purement déclarative de la valeur accordée à l'autorisation délivrée par l'autorité tutélaire sur la base de l'art. 320 al. 2 CC ? Dans cette optique, le représentant légal qui opère un retrait justifié, soit conforme aux conditions de l'art. 320 al. 2 CC, sur le compte de l'enfant est pourvu des pouvoirs y relatifs, ce qui semble pouvoir dispenser la banque, où le carnet d'épargne du mineur est déposé, de se préoccuper de l'autorisation tutélaire pour chaque retrait⁷⁶.

Ce raisonnement admet en prémisse qu'il n'y a pas un conflit abstrait entre les intérêts de l'enfant et ceux du représentant légal dès qu'il s'agit de

⁷⁵ AUBERT, Procuration, 288.

⁷⁶ MOSER, 140 n. 194 ; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I.

la disposition des libéralités faites à l'enfant pour que le montant en soit placé à intérêt ou sur carnet d'épargne.

Il y a en revanche conflit concret d'intérêts lorsque l'opération du représentant légal n'est pas couverte par l'art. 320 al. 2 CC et que le prélèvement est en conséquence injustifié. Le représentant légal se trouve dépourvu du pouvoir de disposition et partant de représentation pour cette opération. La banque ne peut à notre sens se prévaloir en tout état de cause du fait que l'enfant a la possibilité de se retourner contre le parent sans pouvoir, selon le raisonnement soutenu précédemment, valable que l'autorisation aie un caractère constitutif ou déclaratif (cf. *supra* chap. IV, lit. B *ab initio*).

C'est à l'aune des exigences requises pour pouvoir se prévaloir de sa bonne foi que la banque doit à notre sens être jugée. Quelle diligence peut-on, doit-on, attendre d'elle, gardienne des deniers de l'enfant ? Il convient en effet de souligner que la relation contractuelle lie l'enfant à la banque et, étant donné la nature de la relation entre une banque et son client, la première est tenue par des devoirs de diligence et de fidélité tendant à la sauvegarde loyale des intérêts du second (cf. art. 398 al. 2 CO, alors qu'en dehors du mandat, ces devoirs sont fondés sur le principe de la confiance, art. 2 CC)⁷⁷, intérêts au demeurant bien mal défendus s'il est permis à la banque de justifier son manque de curiosité par la potentielle action de son client envers son représentant légal. Dans le cadre de la représentation directe, aucun rapport contractuel ne se noue entre la banque et le représentant lui-même⁷⁸.

La potentialité d'un conflit d'intérêts entre parents et enfant croît certainement avec l'ampleur économique de la démarche du représentant légal sur les deniers de l'enfant, dont la lourdeur des conséquences augmente de manière symétrique. La banque doit en conséquence faire preuve de prudence quant à la gestion effectuée par les parents, ne devant accepter que des opérations raisonnables⁷⁹.

Une analogie peut à cet effet être fondée sur la problématique de la responsabilité de la banque, laquelle a connaissance du décès de son client⁸⁰, dans l'exécution d'ordres donnés par le mandataire du *de cuius*. Ce mandataire apparaît comme un tiers non partie aux rapports contractuels liant le client et la banque, à l'instar du parent, dont les pouvoirs ne peuvent toutefois

⁷⁷ ATF du 23 juin 1998 in SJ 1999 I 205. La doctrine suisse ne reconnaît pas l'existence d'un contrat général entre banque et client soumis au droit du mandat, cf. LOMBARDINI, 330 ss N 31 ss et réf.

⁷⁸ ATF 4C.387/2000 du 15 mars 2001 c. 2b, publié in SJ 2001 I 525 ; ATF 126 III 59 c. 1b. TORNARE, chapitre III.

⁷⁹ LOMBARDINI, 334 N 49.

⁸⁰ Condition pour que la responsabilité de la banque soit engagée selon AUBERT, Procuration, 290, mais sujet controversé en doctrine, cf. réf. in SJ 2000 I 241 c. d in fine.

être révoqués en tout temps contrairement à ceux du mandataire. Sous cette réserve, la situation du parent s'apparente ainsi à celle du mandataire, contrairement à la situation juridique du titulaire d'un compte-joint doté d'une clause de solidarité accordant à chaque titulaire un droit de disposition individuel⁸¹. Or, l'attitude de la banque ne saurait être la même lorsque le mandataire opère des retraits de sommes de peu d'importance par rapport à la valeur du compte ou lorsqu'il fait virer la totalité des avoirs dans une autre banque, retire les avoirs en caisse ou vend tout le portefeuille ; la banque est en effet alors à même de supposer que le but est l'appropriation de ces avoirs en marge de la dévolution successorale normale⁸². A l'instar de la solution que nous soutenons face au représentant légal usant du pouvoir de disposition sur les avoirs en banque de l'enfant, une éventuelle responsabilité de la banque dépend en conséquence du caractère raisonnable des instructions données par le mandataire. Dans ce cas également, la responsabilité directe incombe certes au mandataire, mais la banque peut être tenue responsable, conformément à l'art. 398 al. 2 CO, pour n'avoir pas veillé aux intérêts légitimes des héritiers, ceux-ci se substituant au *de cuius*. Si la banque doit observer les dispositions du droit successoral et, par conséquent, n'accepter des instructions que d'une personne ayant le pouvoir d'agir au nom de la succession ou avoir l'accord de tous les héritiers, elle doit également observer les dispositions relatives à l'administration des biens de l'enfant, et en particulier l'articulation des art. 320 et 321 CC. La banque ne peut de surcroît pas opposer à l'enfant que de remettre un pouvoir à un tiers mandataire consiste à prendre un risque qu'il appartient ensuite aux héritiers d'assumer ; le législateur a en effet pris grand soin à poser des limites strictes au pouvoir de disposition des père et mère en particulier sur les biens libérés du mineur.

Confrontée à des prélèvements importants ou à la clôture du compte par le détenteur de l'autorité parentale, la banque doit en conclusion déterminer quel en est le motif et vérifier en cas de transfert que celui-ci ait lieu sur un compte dont le mineur est titulaire⁸³. Une opération portant sur le transfert de la totalité des avoirs doit en effet inciter la banque à la méfiance, à tout le moins, celle-ci doit déceler le risque que comporte un transfert de fonds inconditionnel à des tiers⁸⁴, fussent-ils à notre sens les représentants légaux du titulaire du compte.

⁸¹ AUBERT, Procuration, 292 ss sur la question du compte-joint et de la responsabilité y relative de la banque.

⁸² AUBERT, Procuration, 290 ; IDEM, Responsabilité, 142. Pour un exemple : SJ 2000 I 421 c. b à d.

⁸³ LOMBARDINI, 334 N 49 ; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 318, partie I.

⁸⁴ ATF 112 II 450, JdT 1987 I 92 c. 2 plus complet *in* JdT, cas de deux fils qui ont indûment retiré les avoirs déposés sur le compte de leur père vivant. Voir également : SJ 2000 I 421 c. 3 e et ACJ du 24 juin 1994 *in* SJ 1995 21 c. 5.

Si la banque n'a pas prêté l'attention nécessaire pour qu'elle puisse se prévaloir de sa bonne foi, elle doit se laisser opposer l'absence de pouvoir du *falsus procurator* et dans un tel cas, elle ne se libère pas valablement de son obligation de restituer, en remettant au détenteur sans pouvoir l'équivalent ou une partie des biens qui lui avaient été confiés au nom de l'enfant.

Ce raisonnement implique certes qu'il appartient à la banque de se substituer en quelque sorte à l'autorité tutélaire dans sa fonction de regard neutre au nom de la protection des intérêts de l'enfant dans le respect de la volonté du législateur. La banque est toutefois moins outillée que l'autorité tutélaire pour exiger des justificatifs et vérifier leur crédibilité; la bonne foi de la banque sera ainsi analysée en fonction des moyens « d'investigation » à sa disposition⁸⁵. L'exigence de la production par exemple de papiers attestant un voyage d'études projeté par l'enfant et financé partiellement ou totalement par ses biens libérés peut se révéler satisfaisante; la responsabilité contractuelle de la banque est au demeurant engagée pour les actes ou omissions fautives de l'un de ses organes ou auxiliaires, à l'instar de l'employé au guichet, qui causent un préjudice au cocontractant de bonne foi⁸⁶.

On relèvera par ailleurs que si les retraits de sommes de peu d'importance par rapport à la valeur des avoirs en compte n'engendrent que des conséquences minimales en cas de responsabilité, le caractère nécessaire, condition de l'art. 320 al. 2 CC, de cette participation des biens de l'enfant à son entretien, son éducation ou à sa formation, apparaît en revanche d'autant plus discutable et partant douteux. Les ressources des représentants légaux sont en effet potentiellement plus à même de couvrir de modiques dépenses, étant rappelé de surcroît que tout retrait inférieur ou égal aux intérêts de l'année en cours sont exclus de par la loi (art. 321 al. 1 CC). Le terrain de la disposition par les parents, en particulier des biens libérés de par la loi, est décidément escarpé! En résumé et dans la mesure où le caractère déclaratif de l'autorisation au sens de l'art. 320 al. 2 CC est reconnu, la banque bénéficie, sous réserve des circonstances du cas particulier, d'une présomption de prélèvements justifiés dans la mesure où ceux-ci se situent dans une fourchette médiane, ni trop modestes, ni trop importants.

Dans la mesure où la responsabilité de la banque n'est pas engagée, est enfin également controversée la question de savoir si l'action en restitution, fondée sur l'obligation des parents de rembourser à l'enfant les sommes, matériellement injustifiées, prélevées sur le capital sans respecter les règles de l'art. 320 al. 2 CC, relève du juge civil ordinaire ou peut être une mesure

⁸⁵ *Contra*: opinion parue sous rubrique boîte aux lettres in RDT 1961 78, cf. *supra* n. 74.

⁸⁶ LOMBARDINI, 353 N 111 ss et réf. sur la distinction entre l'organe et l'auxiliaire représentant la banque dans les rapports entre celle-ci et ses cocontractants, et 354 N 115 ss sur la responsabilité contractuelle de la banque.

ordonnée par l'autorité tutélaire dans le cadre de l'art. 324 al. 2 CC. Il s'agit à notre sens d'une action du chef de la gestion d'affaires qui ressort de la compétence du juge ordinaire⁸⁷.

V. Décalage entre la loi et la pratique : essai de solutions

Le législateur a construit un système fondé sur une protection très soutenue de l'intérêt et des biens de l'enfant. Or, la pratique, ignorant largement l'art. 320 al. 2 CC sans que cela semble susciter de remous, laisse penser que le filet de protection est tissé de manière trop serrée et tend à un but inutile. Ce constat force à suivre les auteurs qui ne voient dans la condition de l'autorisation tutélaire qu'une simple prescription d'ordre, ne transmettant pas le pouvoir nécessaire pour opérer le prélèvement sur les biens de l'enfant. Le décalage entre la loi et la pratique impose en effet un tel raisonnement, tant une loi ignorée ne représente qu'un tigre de papier, en porte à faux avec la volonté législative et la réalité sociale.

Ce raisonnement ne devrait toutefois pas occulter un besoin de réflexion *de lege ferenda*. Une certaine ambiguïté demeure en effet, inhérente à l'absence du pouvoir de disposition des représentants légaux sur les revenus des biens libérés, laquelle exclut de disposer des intérêts sur les avoirs en compte pour l'année en cours, conjuguée à la possibilité en revanche d'entamer la substance de ces biens sans devoir pour ce faire requérir antérieurement une autorisation tutélaire. Il est ainsi plus aisé d'entamer la substance des biens que leurs revenus ! L'interprétation soutenue ici est davantage due aux besoins de la pratique qu'à la volonté du législateur, ce qui fragilise inmanquablement le système de protection mis en place.

Dans la limite des opérations raisonnables, la banque n'a en conséquence pas à mettre en doute, sous réserve des circonstances du cas particulier, le pouvoir de disposer du représentant légal, présumé alors conforme aux exigences posées par l'art. 320 al. 2 CC. Confrontée en revanche à des actes de disposition d'importance, la banque, pour pouvoir se prévaloir de sa bonne foi, doit s'assurer que le représentant détient les pouvoirs nécessaires à cet effet. A défaut d'autorisation délivrée par l'autorité tutélaire, la banque exigera des justificatifs pour s'assurer de la réalisation des conditions de l'art. 320 al. 2 CC, ce dans le respect de ses devoirs de diligence et de fidélité envers

⁸⁷ Dans ce sens : MOSER, 273 et n. 374, l'autorité tutélaire pouvant provoquer la désignation d'un curateur au sens de l'art. 392 ch. 2 CC aux fins de déposer une action en restitution ; PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I, art. 327, partie I. *Contra* : SCHIESSER, 116 s.

son client, l'enfant (cf. *supra* chap. IV, lit. B). Si néanmoins, il s'avérait que le prélèvement était injustifié et partant illégal, la banque, ayant dûment usé de ses pouvoirs limités d'investigation, n'en portera aucune responsabilité, alors que les parents pourront être poursuivis en responsabilité sur la base de l'art. 327 CC (cf. *supra* chap. IV, lit. B *in fine*), voire pénalement en fonction des circonstances.

Il n'en demeure pas moins que les parents, en particulier en cas d'enjeux financiers d'importance, ont grand avantage à requérir une autorisation conformément à l'art. 320 al. 2 CC pour prélever sur la fortune de l'enfant ; l'autorité tutélaire prend en effet la décision sous sa propre responsabilité. En se conformant à cette décision, le représentant légal détient alors la garantie qu'il ne saurait être recherché ultérieurement en responsabilité (cf. *supra* chap. IV *ab initio*, tout au plus peut-il se voir opposer un refus exprès de la dispense de remboursement, et lit. A).

La position de la banque n'est pas davantage confortable. Les exigences quant à sa bonne foi sont élevées et la situation est appelée à devenir difficile pour l'employé au guichet, auxiliaire de la banque, dont les moyens d'investigation sont limités, et dont les requêtes de justificatifs seront certainement ressenties comme trop inquisitrices par le représentant légal, souvent sûr de son bon droit. A cet effet, l'information du client est primordiale. L'ouverture d'un compte jeunesse en faveur d'un mineur doit se faire en pleine connaissance de cause de sorte à éviter des situations désagréables d'incompréhension mutuelle. La banque a grand intérêt à expliquer le système instauré par le législateur pour la protection des biens de l'enfant et les obstacles que pourront alors rencontrer les parents dans leur volonté ultérieure de disposer des avoirs en compte, ce sous réserve d'un compte dédié aux allocations familiales dont il convient de suggérer la stricte scission par rapport à d'autres biens de l'enfant (cf. *supra* chap. II, lit. C). Les père et mère conservent en effet la libre disposition de ces versements dans la mesure des besoins courants de l'enfant (art. 320 al. 1 CC), étant précisé que la conservation de ces fonds ne leur fait pas perdre leur qualité de prestations utilisables pour l'entretien du mineur. Un compte, alimenté en partie seulement par des allocations familiales, serait alors soumis à des régimes de pouvoir de disposition différent du représentant légal ; il appartiendrait à celui-ci de fournir au besoin des justificatifs attestant que ses prélèvements visent les fonds alimentés par les allocations familiales.

Les obstacles à la libre disposition des représentants légaux seront certes les mêmes si les avoirs en compte sont déposés au nom de l'enfant par un tiers, parrain/marraine ou grands-parents par exemple, sans information directe du représentant légal sur les limites à son pouvoir envers ces biens ; on peut penser néanmoins que les limites au droit de disposer seront plus

aisément comprises par le parent alors que les fonds n'ont pas été déposés par ses soins.

La banque est aussi victime du décalage entre la loi et la pratique, l'absence d'autorisation tutélaire rendant sa position plus délicate. Des pistes de réflexion s'imposent pour tenter de consolider celle-ci. La solution la plus confortable pourrait ainsi consister à prévoir lors de l'ouverture d'un compte d'épargne jeunesse une clause permettant au constituant de désigner le titulaire du droit de disposer des fonds jusqu'à la majorité du mineur, à savoir, soit la personne qui ouvre le compte, soit les représentants légaux, dans la mesure où ils ne sont pas identiques à la personne qui ouvre le compte. Le pouvoir de disposer étant conservé par le constituant, ou accordé au représentant légal, la libéralité ne constitue pas un bien remis par stipulation au sens de l'art. 321 CC à défaut d'attribution immédiate (cf. *supra* chap. II, lit. E). De par la volonté du disposant, la libéralité échappe en effet à la constitution d'un bien libéré de par la loi. Le Code civil ne fait pas obstacle à ce que le constituant décide ainsi du pouvoir de disposer des biens, l'enfant restant le bénéficiaire de la libéralité qui lui est acquise à l'avènement de sa majorité, dans la mesure certes où le détenteur du droit de disposer n'en a pas fait usage antérieurement.

L'ultime question est alors de déterminer l'ampleur du pouvoir de disposition accordé par le constituant au représentant légal. Ce pouvoir se comprend-il à la lumière des art. 319 et 320 CC, et ce qu'il s'agisse des rapports internes entre l'enfant et le représentant légal ou externes, soit entre la banque et l'enfant? Il convient à cet effet d'interpréter la volonté du constituant qui accorde au représentant légal le pouvoir de disposer des avoirs en compte de l'enfant. Si cette clause se comprend à l'aune des dispositions précitées, son unique gain tient alors à accorder la disposition des revenus des avoirs en compte octroyée aux conditions de l'art. 319 al. 1 CC, le constituant n'ayant aucune marge de manœuvre sur le pouvoir de disposer au sens de l'art. 320 al. 2 CC. Les limites fixées au pouvoir du disposant par le législateur tiennent en effet à l'impossibilité d'exclure les représentants légaux de la jouissance des biens de l'enfant aux conditions posées par l'art. 320 al. 2 CC, ce d'ailleurs même dans l'hypothèse où l'administration de ces biens est retirée expressément au représentant légal par le disposant (cf. art. 321 al. 2 CC); la réserve héréditaire de l'enfant ne peut au demeurant pas davantage être soustraite à la jouissance au sens de l'art. 320 al. 2 CC des détenteurs de l'autorité parentale (cf. *supra* chap. II, lit. C). Si tel est le cas, la position de la banque n'est pas nettement plus enviable que face à un compte de biens libérés au sens de l'art. 321 al. 1 CC. Au-delà des intérêts produits par les avoirs en compte l'année en cours, le pouvoir de disposition du représentant légal reste en effet limité par les conditions de l'art. 320 al. 2 CC; dès que le représentant légal opère des prélèvements importants au débit du compte, s'affranchissant

d'opérations prudentes, la question de la bonne foi de la banque se pose et nous renvoyons à nos développements y relatifs précédents (cf. *supra* chap. IV, lit. B et chap. V *ab initio*). Or, si un tiers accorde expressément le pouvoir de disposer, l'on peut à notre sens partir de l'idée que cet octroi n'est pas compris dans un sens aussi étroit et s'étend au contraire tant aux revenus qu'à la substance des biens déposés en faveur du mineur. L'on pourrait certes recommander par souci ultime de clarification que la clause dans l'acte d'ouverture du compte le stipule par exemple en accordant expressément le *libre* pouvoir de disposition sur ces avoirs, afin d'éviter toutes questions d'interprétation lorsque le représentant légal détient ce pouvoir.

Quant au constituant, qui se réserve la maîtrise des fonds, gardant les attributs de la propriété, il conserve avant tout le pouvoir de retirer les fonds déposés au nom du titulaire du compte, soit jusqu'à la majorité du bénéficiaire, soit jusqu'à son propre décès en cas de disposition pour cause de mort, ce sans être limité par les art. 318 ss CC, applicables exclusivement aux détenteurs de l'autorité parentale⁸⁸. Il s'agit aussi d'un moyen pour le tiers, lequel peut être le parent non titulaire de l'autorité parentale, d'éviter toute emprise du représentant légal sur les avoirs en compte de l'enfant, avec de surcroît la possibilité de désigner le titulaire du droit de disposer en cas de décès du tiers avant la majorité de l'enfant⁸⁹. La banque, en dehors de circonstances exceptionnelles révélant un conflit d'intérêts (cf. *supra* chap. II, lit. D), est alors assurée que le représentant légal ou le disposant, soit la personne désignée, ont les pouvoirs nécessaires à prélever sur le compte, ce à tout le moins dans les rapports externes. Par le biais d'une clause désignant le détenteur du pouvoir de libre disposition des avoirs en compte, la banque s'épargne en conséquence, dans la grande majorité des cas, de difficiles vérifications de la réalisation des conditions de l'art. 320 al. 2 CC.

La question de parents voulant profiter des intérêts en principe plus généreux attachés aux comptes d'épargne jeunesse reste certes alors entière, tant il est vrai que les parents désignés par eux-mêmes ou par le tiers constituant pourront librement disposer de l'entier des avoirs en compte au plus tard la veille des dix-huit ans de l'enfant, sans avoir en principe à justifier auprès de la banque que les fonds sont par exemple transférés sur un autre compte au nom de l'enfant. La responsabilité des parents par rapport à l'enfant peut être engagée sur la base de l'art. 327 CC, voire pénalement, mais la banque n'a elle pas de moyen de prévenir les abus liés à la perception d'intérêts avantageux. L'institution bancaire, qui n'a aucune obligation d'offrir un tel produit, doit

⁸⁸ AUBERT, Responsabilité, 140 sur le cas du *de cuius* qui a alimenté de son vivant un livret d'épargne dont le titulaire était un tiers, tout en en conservant la maîtrise, se référant n. 17 à l'ATF 4C.470/1994 du 4 août 1994. Voir également : ATF 89 II 87.

⁸⁹ Cf. décision de la Chambre des Tutelles du Tribunal cantonal vaudois du 23 juillet 1997 *in* RDT 1998 103/105.

néanmoins peser les avantages d'un gain de paix dans la gestion des biens de l'enfant cumulé à une exonération dans une large mesure de sa responsabilité *versus* de potentiels abus d'intérêts bancaires de la part de parents peu scrupuleux.

La question de la responsabilité envers l'enfant du détenteur du pouvoir de disposer sur les avoirs en compte est autre ; elle concerne les rapports internes. Dans quelle limite, ce détenteur répond-il envers l'enfant de la disposition des fonds ? Le bénéficiaire du compte reste l'enfant et le pouvoir de disposer du représentant légal doit être exercé dans l'intérêt de l'enfant et ne saurait être exercé à la faveur d'un intérêt exclusif du représentant légal au risque de se heurter à un conflit mettant fin au pouvoir de représentation (cf. *supra* chap. II, lit. D). Le pouvoir du constituant est néanmoins large ; il ne saurait à notre sens se comprendre qu'à la lumière des conditions posées par les art. 319 et 320 CC, sous réserve certes d'une volonté exprimée dans ce sens. Si le constituant ne peut soustraire les biens donnés à l'enfant au pouvoir de jouissance des parents dans les limites de l'art. 320 al. 2 CC, il peut en revanche accorder un pouvoir plus large et extraire sa disposition en faveur de l'enfant du champ d'application des art. 319 et 320 CC. Une telle interprétation de la volonté du constituant découlera à notre sens de la clause attributive du libre pouvoir de disposer des biens déposés au nom de l'enfant, qui a ainsi aussi une valeur dans les rapports internes et n'épuise pas ses effets dans les rapports externes en exonérant la banque de sa responsabilité. Le représentant légal pourra ainsi de bon droit prélever sur les libéralités faites en faveur de l'enfant sans notamment justifier du caractère nécessaire de son action face à ses propres ressources (cf. art. 320 al. 2 CC). Les buts fixés par la loi, soit l'entretien, l'éducation ou la formation, ne restreindront pas davantage l'action du représentant légal, qui ne saurait néanmoins dilapider pour autant ces biens ou en disposer de manière irréfléchie sous peine d'engager sa responsabilité. A la responsabilité du mandataire soigneux et fidèle aux intérêts de l'enfant fondée sur l'art. 327 CC (cf. *supra* chap. II, lit. B), s'ajoute ici également la protection accordée par le droit pénal, en particulier contre l'abus de confiance et la gestion déloyale.

VI. Conclusion : réflexion sur les options du disposant

La gestion des biens de l'enfant par les détenteurs de l'autorité parentale se heurte au décalage entre la loi et la pratique. Des esquisses de solutions apparaissent néanmoins après avoir décortiqué le système de protection des biens de l'enfant mis en place par le législateur et l'avoir confronté à la réalité

sociale. Les options se divisent en conclusion de la manière suivante en fonction des sensibilités et volontés de chaque parent ou tiers disposant.

Il peut paraître préférable d'ouvrir un compte d'épargne pour l'enfant en gardant la disposition des fonds jusqu'à la majorité de l'enfant, voire jusqu'au décès du constituant, quitte à renoncer à des intérêts plus avantageux octroyés en principe aux comptes jeunesse si la banque n'accorde pas au constituant le pouvoir de décider du détenteur du droit de disposer des fonds. Dans l'hypothèse où la banque permet d'octroyer au tiers constituant lui-même ou au représentant légal le pouvoir de disposer des avoirs en compte déposés au nom de l'enfant, le détenteur de ce pouvoir garde pleine et entière jouissance des fonds déposés par rapport à la banque, alors que la responsabilité du représentant légal au plan interne est limitée par les obligations liées à une gestion de ces biens soigneuse et fidèle aux intérêts de l'enfant. La banque n'a en principe plus à se soucier de la relation interne entre son client, l'enfant, et le détenteur du pouvoir de disposer. Du point de vue fiscal, cette solution peut certes ne pas apparaître avantageuse. Elle permet néanmoins de disposer de manière différée en faveur de l'enfant en contournant la gestion par le détenteur de l'autorité parentale; cette voie pourrait en particulier convenir au parent non titulaire de l'autorité parentale qui se réserve le droit de disposer des fonds, désireux d'avantager économiquement l'enfant en excluant tant l'administration que la jouissance sur ces biens par le parent, représentant légal de l'enfant. Cette solution permet enfin au tiers de conserver le pouvoir de retirer les fonds déposés au nom du titulaire du compte jusqu'au jour de la majorité de ce dernier, ou du décès du constituant en cas de promesse de donner à cause de mort. Dans la première hypothèse, si le constituant, lequel s'est gardé les attributs de la propriété, meurt avant la majorité du bénéficiaire, l'objet de la donation devient de plein droit la propriété commune des héritiers qui prennent la position du *de cuius* dans la relation avec l'enfant⁹⁰.

Il demeure que l'enfant peut également être doté d'un carnet d'épargne, bien libéré de par la loi au sens de l'art. 321 al. 1 CC, dont l'entier des droits lui échoira à sa majorité, étant alors maître de l'utilisation des fonds. Pendant la minorité de l'enfant, le représentant légal, privé de la jouissance des revenus de ces biens, conserve néanmoins la possibilité de disposer des fonds aux conditions de l'art. 320 al. 2 CC, le constituant n'ayant en aucun cas la possibilité de l'exclure. L'interprétation, dictée par le fossé entre loi et pratique, accordant une valeur déclarative à l'autorisation tutélaire requise, permet aux parents de s'affranchir de cette démarche, tout en portant alors la responsabilité d'un jugement erroné de leur part. Si les conditions autres que cette prescription d'ordre sont remplies et autorisent partant le prélèvement,

⁹⁰ Sur la transmission du droit de révoquer, exclue selon la jurisprudence et les critiques y relatives : RUSCH, 572 ss et réf.

le représentant légal est doté des pouvoirs y relatifs. La valeur déclarative de l'autorisation permet aussi à la banque d'accepter sans autre des opérations raisonnables du représentant légal sur le compte de l'enfant, tout en exigeant des justificatifs pour des opérations exceptionnelles. La banque devrait informer toute personne ouvrant un compte d'épargne jeunesse de la particularité de la constitution d'un bien libéré au sens de l'art. 321 al. 1 CC. Il n'est alors pas légal de disposer des avoirs en compte notamment à l'orée des dix-huit ans de l'enfant, quelles que soient les bonnes intentions des parents à cet égard, en dehors de la réalisation des conditions de l'art. 320 al. 2 CC. Il appartient au demeurant à une éducation responsable de sensibiliser le mineur à la gestion de ses biens, devoir qui se concrétise par la confiance accordée à l'enfant dans la disposition des biens remis au jour de sa majorité.

Une autre solution à envisager est celle d'une libéralité en faveur de l'enfant, mais accompagnée d'une charge au sens de l'art. 245 al. 1 CO, par exemple quant à l'utilisation des fonds, avec le cas échéant les aléas d'une action pour non-exécution de la charge du parent contre l'enfant fondée sur l'art. 249 ch. 3 CO. Par ce biais, le constituant, parent ou tiers, tend néanmoins à se protéger contre une utilisation des fonds qu'il désapprouve. Du point de vue fiscal, cette solution, à l'instar de la précédente, apparaît avantageuse dans la mesure où le donateur dispose immédiatement d'une partie de son patrimoine en faveur d'un tiers.

Les solutions précitées sont susceptibles au demeurant de se recouper. Le pouvoir de disposition peut ainsi être conservé par le constituant, parent ou tiers, ou accordé au représentant légal, tout en grevant la disposition en faveur de l'enfant d'une charge quant à son utilisation lorsque les fonds lui échoiront.

Se distingue enfin des options précédentes le compte ouvert au nom de l'enfant, réservé aux allocations familiales, dont la libre disposition en faveur des besoins courants du mineur appartient de par la loi aux détenteurs de l'autorité parentale. Pour le tiers, soit la banque, le pouvoir d'administration et de disposition des parents sur un tel compte est entier et la banque n'a pas à se soucier de la relation interne entre son client et le représentant légal, sous réserve toujours de circonstances particulières dénotant un conflit d'intérêts mettant *ipso jure* fin au pouvoir de représentation.

Il convient enfin de souligner que les raisonnements dictés par une pratique qui s'est affranchie des exigences légales devraient en tout état de cause susciter un débat *de lege ferenda*, tant une loi devenue tigre de papier a perdu sa raison d'être et affaiblit l'édifice législatif construit en vue d'une protection optimale des intérêts de l'enfant.

Bibliographie

- AFFOLTER KURT, *Prélèvement sur la fortune de l'orphelin pour couvrir ses besoins d'entretien ?* Avis de droit de l'ASTO, RDT 2006 141 ss
- AMREIN BERNHARD, GULER ALBERT, HÄFELI CHRISTOPH, *Recueil de modèles concernant le droit de l'adoption et de la filiation*, 2^e éd., mise à jour et extension de la 1^{re} éd. élaborée par Cyril Hegnauer, Zurich 2005
- AUBERT, MAURICE, *Procuration encore valable après décès, mandat post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après décès du client à l'égard des héritiers*, SJ 1991 285 ss (AUBERT, Procuration)
- *Responsabilité des banques suisses à l'égard des héritiers*, SJ 1996 137 ss (AUBERT, Responsabilité)
- BADDELEY MARGARETA, *CR-CO I art. 239 à 252*, Commentaire romand CO I, Bâle et al. 2003 (BADDELEY, CR-CO I)
- BREITSCHMID PETER, *BaK-ZGB I art. 318 à 327 CC*, Basler Kommentar ZGB I, Bâle et al. 2006 (BREITSCHMID, BaK-ZGB I)
- *Das Bankkonto im Erbgang – Probleme rund um die Vermögensverwaltung vor und nach dem Tod*, successio 2007 220 ss (BREITSCHMID, Bankkonto)
 - *Fragen um Bank und Kindesvermögen*, in Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Mélanges D. Zobl, Zurich 2004, 217 ss (BREITSCHMID, Fragen)
- CORNAZ OLIVIER, *Curatelle d'un mineur dont les biens sont soustraits à l'administration des père et mère en vertu de l'art. 294 al. 2 CCS*, RDT 1949 10 ss
- DESCHENAUX HENRI, STEINAUER PAUL-HENRI, *Personnes physiques et tutelle*, 4^e éd., Berne 2001
- HEGNAUER CYRIL, *Der Ausschluss des Pflichtteils des unmündigen Erben von der elterlichen Verwaltung (Art. 322 ZGB)*, in Mélanges Vischer, Zurich 1983, 17 ss (HEGNAUER, Erben)
- *Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts*, 5^e éd., Berne 1999 (HEGNAUER, Kindesrecht)
 - *Unterhaltsabfindung und Adoption*, RDT 1983 26 ss (HEGNAUER, Adoption)
 - *Vormundschaftliche Mitwirkung bei Schenkungen von Eltern an ihre unmündigen Kinder (Art. 306 Abs. 2, 392 Ziff. 2, 422 Ziff. 7 ZGB)*, RDT 1988 106 ss (HEGNAUER, Schenkungen)
 - *Zur Verwendung der Erträge des Kindesvermögens (Art. 319 ZGB)*, RDT 1979 14 ss (HEGNAUER, Erträge)
- LOMBARDINI CARLO, *Droit bancaire suisse*, 2^e éd., Zurich 2008

- MARXER KELLER SUSANNE, *Studien zur elterlichen Vertretung und Verwaltung des Kindesvermögens*, thèse, Berne 1998
- MEIER PHILIPPE, STETTLER MARTIN, *Droit de la filiation, tome II: Effets de la filiation (art. 270 à 327 CC)*, 3^e éd., Zurich 2006
- MOOSER MICHEL, *Les restrictions apportées aux droits des père et mère, par disposition pour cause de mort, en relation avec la part successorale de l'enfant*, in *La transmission du patrimoine: questions choisies, contributions en l'honneur de P.-H. Steinauer à l'occasion de ses cinquante ans*, Fribourg 1998, 13 ss
- MOSER JEAN-PIERRE, *La protection du patrimoine du mineur soumis à l'autorité parentale*, thèse, Lausanne 1977
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, *CR-CC I art. 318 à 327*, Commentaire romand CC I, Bâle et al. (à paraître) (PAPAUX VAN DELDEN, CR-CC I);
- REUSSER RUTH, *Unterhaltspflicht, Unterstützungspflicht, Kindesvermögen*, in *Das neue Kindesrecht*, Berner Tage für die juristische Praxis 1977, Berne 1978, 61 ss
- ROHDE ALEXANDER, *Die Ernennung von Drittpersonen zur Verwaltung von Vermögen Minderjähriger (Art. 321 und 322 ZGB): unter besonderer Berücksichtigung von Nachlassvermögen*, thèse, Bâle, Zurich 2006
- RUSCH ARNOLD, *Konten für Dritte*, PJA 2007 561 ss
- TUOR PETER, SCHNYDER BERNHARD, SCHMID JÖRG, RUMO-JUNGO ALEXANDRA, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12^e éd., Zurich 2006
- SCHIESSER HEINRICH, *Der Schutz des Kindesvermögens im schweizerischen Zivilrecht*, thèse, Zurich 1945
- SCHNEIDER BERNARD, *Autorité parentale – Protection de l'enfant – Biens de l'enfant*, Fiche juridique suisse N 334 (1982)
- SCHWENZER INGEBORG, *Gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern für unmündige Kinder – Notwendigkeit oder Relikt patriarchalischer Familienstruktur?*, in *Famille et droit*, Mélanges B. Schnyder, Fribourg 1995, 679 ss
- SPITZER GERD, *Die Probleme des Kindesvermögensschutzes*, RDT 1955 6 ss
- STETTLER MARTIN, *Le droit suisse de la filiation*, *Traité de droit privé suisse*, Vol. III/2/1, Fribourg 1987
- TORNARE SANDRINE, *Patrimoine de l'enfant: gestion parentale et responsabilité des banques* (à paraître)