

Tribunal fédéral – 5A_123/2020, destiné à la publication

II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 7 octobre 2020 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Aline Sermet, La curatelle de représentation de l'enfant comme garantie du droit de participation de l'enfant ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_123/2020, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2021

Newsletter été 2021

Divorce, protection de l'enfant, procédure, mesures provisionnelles ; représentation de l'enfant

**Art. 12 CDE ;
90, 93, 98 LTF ; 299 CPC ;
19, 19c CC**

La curatelle de représentation de l'enfant comme garantie du droit de participation de l'enfant ?

Aline Sermet, avocate à Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt en cause est une affaire vaudoise qui porte sur la nature de la décision refusant de désigner un-e curateur-trice de représentation à une adolescente capable de discernement. Le Tribunal fédéral confirme que cette décision est de nature incidente et est susceptible de causer un préjudice irréparable. Le Tribunal fédéral examine ensuite la portée de l'art. 12 CDE.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Les conjoints B. et C. sont en instance de divorce depuis 2014 devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois. Ils ont deux filles, l'une née en 2005 (A.) et l'autre en 2010 (D.). La séparation a fait l'objet de diverses conventions et décisions, dont l'instauration d'une curatelle d'assistance éducative (308 al. 1 CC), le 6 juillet 2015, et la mise en place d'une garde alternée, le 15 juin 2016.

Suite à une requête de la mère du 7 mai 2019 demandant la garde des filles, vu son prochain déménagement dans le canton de Schwyz, le Tribunal civil a, par ordonnance de mesures provisionnelles du 30 août 2019, attribué, entre autres, la garde des enfants à la mère.

Par courrier du 19 août 2019, le mandataire du père a informé le Tribunal civil que l'aînée (A.) avait pris rendez-vous avec une avocate, Me F. Le 4 septembre 2019, A. a requis personnellement que Me F. lui soit désignée en qualité de curatrice de représentation. Cette dernière a aussi demandé formellement sa nomination devant le Tribunal civil, ainsi que devant le Tribunal cantonal, en raison de l'appel du père contre la décision du 30 août 2019.

Le 20 septembre 2019, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a rejeté, d'une part, l'appel du père et, d'autre part, la requête tendant à la désignation de Me F. en qualité de curatrice

de A. En substance, la Cour d'appel civile a considéré que la personne chargée de sa curatelle éducative avait assumé dans les faits un rôle qui se rapprochait fortement d'une curatelle de représentation et que Me F., qui ne disposait pas d'une formation spécifique, ne semblait pas la personne adéquate pour la représenter. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours.

Le 4 novembre 2019, le Tribunal civil a également refusé de désigner un·e curateur·trice de représentation en faveur de A., laquelle a recouru contre cette décision, par acte manuscrit du 18 novembre 2019, et demandé que Me F. lui soit désignée comme curatrice de représentation.

Par arrêt du 10 décembre 2019, la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours interjeté par A.

Le 7 février 2020, A., agissant par Me G., exerce un recours en matière civile, subsidiairement un recours constitutionnel, au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à l'annulation de l'arrêt cantonal et au renvoi pour nouvelle décision. Subsidiairement, elle demande sa réforme et qu'un·e mandataire professionnel·le expérimenté·e lui soit désigné·e en qualité de curateur·trice de représentation avec pour mission de la représenter dans la procédure de divorce.

B. Le droit

Seuls les considérants se rapportant à l'analyse de l'objet de l'arrêt sont résumés ci-après.

Le Tribunal fédéral rappelle dans son premier considérant que l'enfant capable de discernement peut agir lui-même pour l'exercice de ses droits strictement personnels (art. 19c al. 1 CC). Le fait de faire valoir son droit à la désignation d'un·e représentant·e en application de l'art. 299 al. 3 CPC est précisément un droit strictement personnel.

Dans le considérant suivant (1.2), le Tribunal fédéral tranche une controverse doctrinale, à savoir la nature de la décision qui rejette la requête de l'enfant tendant à la désignation d'un·e représentant·e dans une procédure matrimoniale. En effet, une partie de la doctrine considère que la décision est finale au sens de l'art. 90 LTF, au motif que, du point de vue de l'enfant, le prononcé termine le litige. D'autres auteurs sont d'avis qu'il s'agit d'une décision incidente qui cause un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF.

Le Tribunal fédéral soutient qu'il s'agit d'une décision incidente qui cause un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Pour justifier sa position, la Haute Cour relève que « *si, du point de vue de l'enfant, la décision qui rejette la requête de ce dernier tendant à la désignation d'une représentation dans la procédure matrimoniale met matériellement fin au différend sur cette question, elle ne clôt pas définitivement la procédure matrimoniale dans laquelle elle s'inscrit* » (consid. 1.2).

Quoi qu'il en soit, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le recours contre une décision incidente est soumis à la même voie de droit que celle qui est ouverte contre la décision principale. En l'espèce, la demande de la recourante à ce qu'elle soit représentée par un·e curateur·trice de procédure s'inscrivait dans le cadre d'une procédure de mesures provisionnelles, à savoir une affaire civile de nature non pécuniaire, qui peut être entreprise par la voie du recours en matière civile (art. 72 al. 1 LTF). Dès lors, la voie du recours est

ouverte *in casu*. Dans ces conditions, le recours constitutionnel est subsidiaire (art. 113 LTF *a contrario*) et a été déclaré irrecevable en l'espèce (consid. 1.3).

Au considérant 2.1, le Tribunal fédéral rappelle que, s'agissant d'une décision prise dans le cadre d'une procédure de mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF). De plus, le moyen invoqué doit être motivé par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF). Il s'ensuit qu'un·e recourant·e qui entend invoquer que les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ne peut le faire qu'en démontrant la violation d'un ou des droits constitutionnels de manière précise dans son acte de recours (consid. 2.2).

En l'espèce, la recourante se plaint « *d'un établissement manifestement inexact et contraire au droit fédéral des faits retenus dans l'arrêt entrepris* ». En premier lieu, elle invoque une contradiction en ce sens que l'autorité cantonale a constaté qu'une curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC avait été instaurée, alors qu'il s'agissait en réalité d'une curatelle d'assistance éducative au sens de l'art. 308 al. 1 CC. Toutefois, ce grief ayant été invoqué pour la première fois devant le Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable (consid. 3.1).

Ensuite, la recourante fait valoir notamment que la décision de refus de lui désigner un·e curateur·trice de représentation viole la garantie constitutionnelle du droit pour l'enfant capable de discernement d'exercer lui-même ses droits (art. 11 al. 2 Cst.), en particulier le droit de participer aux procédures (art. 12 CDE). Elle soutient que son droit d'être entendue prévu à l'art. 12 al. 2 CDE et sa garantie procédurale de l'art. 299 CPC n'ont pas été respectés. Toutefois, le Tribunal fédéral rejette son grief. D'une part, il retient que l'art. 12 CDE, qui garantit à l'enfant le droit de s'exprimer, n'inclut pas le droit d'être représenté. D'autre part, conformément à une jurisprudence constante, la violation de l'art. 12 CDE ne constitue pas un grief de rang constitutionnel.

Enfin, la recourante se plaint d'une mauvaise application de l'art. 299 al. 3 CPC en se référant à la doctrine et à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui considèrent que l'art. 299 al. 3 CPC constitue un cas de représentation impératif. Toutefois, la Haute Cour retient que le recours ne « *présente pas une argumentation qui démontrerait, avec précision et de manière détaillée, en quoi la motivation de l'arrêt attaqué violait la Constitution ou l'un de ses droits fondamentaux* ». Partant, le motif invoqué a été déclaré irrecevable (consid. 5).

III. Analyse

1. La représentation de l'enfant

a. Généralités sur l'art. 299 CPC

L'art. 299 CPC intitulé « Représentation de l'enfant » reprend pour l'essentiel les articles 146 et 147 aCC. Cette disposition s'applique à l'ensemble des procédures matrimoniales dans lesquelles le sort de l'enfant est touché¹, ainsi que les procédures indépendantes portant sur le lien de filiation, l'entretien d'enfants mineur·es de parents non mariés ou l'entretien d'enfants majeur·es². L'art. 314a bis CC prévoit quant à lui les cas de représentation devant l'Autorité de protection de l'enfant.

¹ CPra matrimonial, HELLE, 2015, art. 299 CPC no 2.

² PRADERVAND-KERNEN, 2015, p.28.

Les alinéas 1 et 2 de l'art. 299 CPC décrivent les cas qui relèvent du pouvoir d'appréciation de l'autorité. L'alinéa 1 énonce un principe général selon lequel le Tribunal ordonne « *si nécessaire* » la représentation de l'enfant. L'alinéa 2 dresse une liste non exhaustive de situations dans lesquelles l'instauration d'une représentation de l'enfant doit être examinée.

Enfin, l'alinéa 3 dudit article, qui nous intéresse dans le cas d'espèce, confère à l'enfant capable de discernement le droit de demander qu'un·e représentant·e lui soit désigné·e. Il s'agit d'un cas de représentation impératif. Ainsi, dès qu'un·e enfant capable de discernement en fait la demande, « *peu importe que celle-ci s'avère nécessaire ou non : il n'y a pas de place pour l'appréciation du tribunal* »³. Le Tribunal fédéral a confirmé cette interprétation dans plusieurs arrêts⁴. Bien plus, un·e enfant capable de discernement peut choisir seul·e son avocat·e afin de faire valoir et de protéger ses droits strictement personnels⁵. L'art. 299 al. 3 CPC précise encore que l'enfant peut recourir contre le rejet de sa demande.

La doctrine est divisée quant à l'âge à partir duquel un·e enfant est considéré·e comme capable de discernement pour formuler cette demande (l'âge varie entre 10 et 13 – 14 ans⁶). D'une manière générale, la jurisprudence admet que l'enfant possède, en principe, cette capacité dès l'âge de 10 ans⁷.

Dans le cas d'espèce, il est particulièrement surprenant, voire choquant, de constater que les autorités cantonales de première et seconde instances n'ont pas accédé à la demande de A. En effet, vu la teneur de l'art. 299 al. 3 CPC, le seul obstacle à la désignation d'un·e curateur·trice de procédure était une éventuelle incapacité de discernement de A. Or, il ne ressort pas de l'ATF analysé que cette question a été discutée par l'une ou l'autre des autorités, alors que la capacité de discernement de A. était présumée puisqu'elle était âgée de 14 ans au moment de sa première demande.

Les décisions des autorités cantonales ne nous sont pas connues. Seuls les arguments invoqués par la Cour d'appel civile, qui avait rejeté le 20 septembre 2019, d'une part, l'appel du père et, d'autre part, la requête de A., ont été résumés dans l'arrêt analysé (*cf.* lettre C.e. des faits). L'argument principal du rejet consistait à relever que la jeune fille était accompagnée par sa curatrice (curatelle éducative), laquelle avait, dans les faits, assumé un rôle similaire à celui d'un·e curateur·trice de représentation.

Cette interprétation va toutefois à l'encontre du rôle qu'un·e curateur·trice de représentation doit jouer, rôle qui sera abordé dans le paragraphe suivant.

b. Le rôle du curateur

Suite à un arrêt controversé du Tribunal fédéral⁸, la doctrine est divisée sur la question de savoir si le·la représentant·e doit favoriser le bien de l'enfant au sens objectif ou sa volonté subjective⁹. Sans entrer dans ce débat, il y a lieu de relever qu'un·e curateur·trice de

³ LEUBA/MEIER/PAPPAUX VAN DELDEN, 2020, no 2119.

⁴ Notamment : ATF 5A_976/2014 du 30 juillet 2015, c. 2.5.2.3 et ATF 5A_744/2013 du 31 janvier 2014, c. 3.2.3.

⁵ Fam-Pra PRADERVAND-KERNEN, 2016, p. 355.

⁶ LEUBA/MEIER/PAPPAUX VAN DELDEN, 2020, no 2120.

⁷ RMA 5/2020, MEIER, résumé de jurisprudence, p. 385.

⁸ ATF 142 III 153.

⁹ Fam-Pra 2020, HERZIG, p. 570 ss.

représentation doit à la fois rapporter la parole de l'enfant à l'autorité et aux autres parties¹⁰ (sans pour autant procéder à son audition au sens de l'art. 298 CPC) et l'accompagner pendant la procédure, d'une part, en lui expliquant, de manière appropriée, l'évolution et les enjeux de la procédure et, d'autre part, en exerçant tous les droits procéduraux¹¹. En outre, le·la curateur·trice de procédure exerce une fonction de contrôle et de suivi et peut servir d'intermédiaire entre les parties au procès¹². Le·la curateur·trice doit être une personne physique expérimentée dans le domaine de l'assistance et en matière juridique (art. 299 al. 1 CPP).

Il en découle que, dans tous les cas, le rôle d'un·e curateur·trice de représentation doit être différencié de celui de la personne qui assume une curatelle éducative. En effet, un·e curateur·trice de représentation doit garder son indépendance, tant par rapport à l'autorité que par rapport aux parents et à leurs propres mandataires¹³. Par contre, la personne exerçant une curatelle éducative n'est, par la force des choses, pas indépendante et doit travailler avec les deux parents. Les deux rôles sont complémentaires et une saine collaboration est justifiée. Il en ressort qu'un·e curateur·trice désigné·e en application de l'art. 308 CC ne peut jouer ce rôle¹⁴.

c. La décision du Tribunal fédéral

Dans son considérant 5, le Tribunal fédéral rejette, pour une raison purement procédurale et formelle, le motif invoqué par la recourante qui se plaignait d'une mauvaise application de l'art. 299 al. 3 CPC. Si le raisonnement juridique du Tribunal fédéral n'est nullement remis en question, il n'en demeure pas moins que le résultat de la procédure est, du point de vue des droits de l'enfant, difficilement compréhensible, alors que la tendance des standards internationaux préconise de faciliter l'accès à la justice pour les enfants et d'encourager la participation de l'enfant dans les procédures judiciaires.

2. La participation de l'enfant dans la procédure civile en relation avec la représentation de l'enfant

L'art. 12 CDE est la disposition de la Convention relative aux droits de l'enfant qui a changé son statut passant d'objet à sujet de droits. Cette disposition fonde « *un concept plus large que le droit stricto sensu d'être entendu et écouté, c'est celui de la participation*¹⁵ ». Avec ce nouveau paradigme, l'enfant devient acteur de sa vie et peut influencer les décisions judiciaires et administratives qui le concernent.

L'étude menée par le Centre suisse des droits humains du 12 décembre 2019 a mis en évidence certaines lacunes dans la mise en œuvre de l'art. 12 CDE en Suisse. En particulier, l'étude a relevé la nécessité d'aborder le droit de participation de l'enfant dans sa globalité. Selon les auteurs de cette étude, ce droit « *se décline sous plusieurs formes, notamment le*

¹⁰ LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, 2020, no 2133.

¹¹ Droit de la protection de l'enfant, guide pratique, COPMA 2017, no 7.58.

¹² CPra matrimonial, HELLE, 2015, art. 300 CPC no 11.

¹³ LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, 2020, no 2127.

¹⁴ CPra matrimonial, HELLE, 2015, art. 298 CPC no 32.

¹⁵ André et Zermatten (éd.), Zermatten, 2012, p. 26.

*droit d'être informé, d'être présent, de former et d'exprimer librement une opinion, d'être entendu, d'être accompagné et d'être représenté*¹⁶ ».

La curatelle de procédure prévue à l'art. 299 CPC est certes une mesure de protection purement procédurale, mais elle vise néanmoins « à assurer le bon exercice par l'enfant de son droit de participation à la procédure¹⁷ ». Il y a donc une corrélation entre le droit de participation de l'enfant et cette mesure procédurale. D'ailleurs, selon les garanties procédurales prévues à l'art. 29 Cst., le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) contient, entre autres, le droit de se faire assister et représenter¹⁸.

Ainsi, à mon sens, le droit d'être représenté en justice devrait être considéré comme une composante du droit de participation, lequel doit être compris dans sa globalité. Cette interprétation va dans le sens des lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants dont l'un des objectifs est de faciliter l'accès à la justice notamment par la possibilité d'être représenté en justice (lignes 37 et 42)¹⁹. Les auteurs de l'étude menée par le Centre suisse de compétence en droits humains en 2014 sur le droit de protection de l'enfant sont aussi d'avis que « *Le droit à une représentation procédurale découle du droit à un procès équitable et du droit d'être entendu. Un moyen pour faciliter l'exercice de ces droits procéduraux est de veiller à ce que les enfants puissent, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant l'autorité* ».

En définitive, la curatelle de représentation accordée à un enfant devrait, d'une part, lui garantir, à tous les stades de la procédure, le droit d'être entendu et, d'autre part, veiller au respect de son intérêt supérieur.

Vu ce qui précède, le raisonnement du Tribunal fédéral, dans le cas d'espèce, nous laisse quelque peu songeurs. En effet, en considérant que l'art. 12 CDE garantit à l'enfant le droit de s'exprimer, mais pas celui d'être représenté-e dans le cadre de la procédure (consid. 4), les juges fédéraux semblent négliger l'intérêt supérieur de l'enfant dicté par la Convention relative aux droits de l'enfant.

3. La question de procédure tranchée par le Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral tranche dans l'arrêt analysé une controverse doctrinale au sujet de la nature de la décision qui rejette une requête d'un-e enfant tendant à la désignation d'un-e représentant-e. Il considère qu'il s'agit d'une décision incidente et que celle-ci cause un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF), dans le sens que le « *défaut d'un curateur de représentation est en effet susceptible d'influer sur le déroulement de la procédure au fond et sur son résultat sans qu'il soit possible de remédier à d'éventuelles carences par exemple de nature procédurale par un recours contre la décision au fond, dans laquelle l'enfant n'est au demeurant pas partie* » (consid. 1.2). Ainsi, à la lecture de l'arrêt analysé, il apparaît que les décisions de rejet d'une requête d'un-e enfant tendant à la désignation d'un-e représentant-e

¹⁶ HOTZ/WEBER-KAHN, Centre suisse de compétence pour les droits humains, 2019, p. 4.

¹⁷ Droit de la protection de l'enfant, Guide pratique, COPMA, 2017, no 7.46.

¹⁸ DUBEY, droits fondamentaux, volume II, § 4082.

¹⁹ Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010.

sont – dans l’abstrait – de nature à porter un préjudice irréparable. Si toutefois, il devait y avoir un doute dans un cas concret, il appartient au recourant d’expliquer en quoi il est exposé à un préjudice irréparable²⁰. Mis à part cet élément, la question tranchée par le Tribunal fédéral n’a pas d’incidence en pratique, dans la mesure où la voie de recours est la même qu’une décision finale (recours en matière civile).

4. Conclusion

Si cet arrêt, objet de la présente analyse, se justifie d’un point de vue juridique par le respect des règles de procédure devant le Tribunal fédéral, ses conséquences sont plus douteuses et moins compréhensibles du point de vue d’une adolescente âgée de 14 ans. Les conclusions apparaissent peu conformes à la lettre et à l’esprit de la Convention relative aux droits de l’enfant. En effet, non seulement l’intérêt de cette jeune fille, qui manifestement ne voulait pas suivre sa mère à Schwytz et souhaitait pouvoir l’exprimer avec l’aide d’un-e représentant-e, n’a pas été pris en considération, mais bien plus, les règles de procédure incompréhensibles et totalement inadaptée aux enfants ont limité l’accès à la justice de celle-ci. Enfin, comment expliquer à cette adolescente le rejet de sa requête, alors même que la loi parle : « de représentation impérative » ? C’est toute l’ambiguïté d’une telle décision !

²⁰ CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN, Commentaire de la LTF, 2014, p. 1074.