

# La curatelle de représentation du mineur dans les procédures de droit de la famille

Compte tenu du fait que les maximes d'office et inquisitoire ne semblent aujourd'hui plus sauvegarder suffisamment les intérêts des enfants dans les procédures de droit de la famille, la curatelle de représentation des mineurs au sens des articles 299 et 300 CPC devrait s'imposer comme une évidence et ne pas rester une mesure sous-utilisée.



**Guillaume Choffat**  
Avocat

## 1. Introduction

Dans le cadre de la réforme du nouveau droit du divorce en 2000, les débats abordaient notamment la problématique de la garantie des intérêts et du bien de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents. L'expérience a déjà démontré que ni la maxime d'office, ni celle du bien de l'enfant ne permettaient de prendre suffisamment en considération l'intérêt de l'enfant dans une procédure matrimoniale. C'est pourquoi le nouveau droit du divorce introduisait la possibilité de désigner un curateur de représentation à l'enfant dans les procédures de divorce et de mesures protectrices de l'union conjugale, lorsque des motifs importants l'exigeaient. Le postulat était alors posé que l'autorité devrait plutôt avoir recours à des spécialistes bénéficiant d'une formation interdisciplinaire et que l'enfant, même assisté d'un curateur, devrait tout de même toujours être entendu. La compétence alors limitée du curateur ne l'autorisait pas à traiter les questions alimentaires (art. 147 al. 2 et 134 al. 1 aCC)<sup>1</sup>.

À l'époque, il était déjà observé que, dans beaucoup de pays, la prise en considération des droits de l'enfant avait évolué de façon considérable. Par exemple, aux États-Unis – en dépit du fait que ce pays n'a toujours pas ratifié à ce jour la Convention des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 –, les *CAN teams* (*Child Abuse and Neglect*), qui avaient été mises en place après l'entrée en vigueur du Child Abuse Prevention and Treatment Act de 1974, agissaient comme un groupe de professionnels interdisciplinaires devant prendre en charge tous les membres d'une famille dans laquelle existait un problème d'abus ou de maltraitance, l'idée de base de cette collaboration étant de ne pas isoler les membres de la famille et de rechercher en commun une solution adéquate<sup>2</sup>.

Au regard de ces avancées à l'international, la Suisse, malgré tous les moyens dont elle disposait pour mettre en œuvre les droits de l'enfant, restait tout de même un peu à la traîne puisque, malgré les maximes

d'office et inquisitoire, il était acquis qu'une identité d'intérêts entre les adultes et les enfants subsistait; or, il était pourtant déjà clair que les parents, un assistant social ou un juge ne pouvaient pas, à eux seuls, garantir le véritable bien de l'enfant, et cela en raison de collisions évidentes d'intérêts entre tous les acteurs concernés par la procédure matrimoniale<sup>3</sup>.

À l'heure actuelle, alors que l'on peut parfois constater des limites dans le système de protection des mineurs, il y aurait lieu d'envisager que le bien et l'intérêt supérieur de l'enfant requièrent de désigner de façon systématique un curateur de représentation aux mineurs dans toutes les affaires familiales qui les touchent, y compris devant les autorités de protection de l'enfant.

## 2. La représentation du mineur

### 2.1 La genèse de la curatelle de représentation

La curatelle de représentation du mineur est prévue aux articles 299 et 300 CPC. Il s'agit

<sup>1</sup> Marianne Galli-Widmer, *La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce: aspects de droit matériel et de procédure*, RDT 1999, p. 229.

<sup>2</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 231.

<sup>3</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 230.

d'une institution *sui generis* analogue à une mesure de protection de l'enfant; cette mesure ne fait toutefois pas partie du catalogue des mesures protectrices du mineur au sens strict telles qu'elles figurent aux articles 307 ss. CC<sup>4</sup>. Par ailleurs, selon les lois cantonales d'application et les pratiques variables des autorités de protection de chaque canton en Suisse, des différences peuvent se manifester dans l'application de la curatelle de représentation (art. 299 et 300 CPC)<sup>5</sup>.

La curatelle de représentation de l'enfant dans la procédure matrimoniale a été introduite d'abord dans le code civil, lors de la réforme du droit du divorce, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, avec les articles 146 et 147 aCC. À l'époque, on considérait encore que les intérêts du mineur dans une procédure étaient suffisamment sauvegardés par l'application des maximes d'office et inquisitoire<sup>6</sup>.

Puis, avec l'entrée en vigueur du code de procédure civile au 1<sup>er</sup> janvier 2011, les anciens articles 146 et 147 CC ont été remplacés par les articles 299 et 300 CPC, qui ont eu vocation à mieux détailler et étendre les droits du mineur pour sa représentation par un curateur dans n'importe quelle procédure de droit matrimonial, notamment en donnant directement à l'enfant capable de discernement le droit de déposer des conclusions et d'interjeter un recours<sup>7</sup>, étant précisé que l'art. 299 al. 3 CPC prévoit que, sur demande de l'enfant capable de discernement, le tribunal désigne un représentant, cette règle donnant aussi la faculté de former un recours contre le rejet de la demande de l'enfant d'être représenté dans la procédure par un curateur<sup>8</sup>.

## 2.2 Les conséquences sur l'enfant et son curateur

Tout d'abord, rappelons que l'enfant mineur a la jouissance des droits civils, soit la capacité civile passive aussi nommée la capacité d'être partie (cf. art. 11 CC; voir en outre l'art. 31 al. 2 CC qui prévoit qu'à condition qu'il naisse vivant, le *nasciturus* la détient déjà)<sup>9</sup>. En revanche, il n'a pas l'exercice des droits civils, à savoir la capacité civile active; il est donc dépourvu de la capacité d'ester en justice, qui est une composante de la capacité civile active (art. 11, 12, 13, 14 et 17 CC; art. 67 al. 1 CPC).

Lorsqu'il est partie à une procédure, l'enfant doit agir par l'intermédiaire de son représentant légal (art. 19 al. 1 CC; art. 67 al. 2 CPC), à savoir ses père et mère (art. 304 al. 1 CC) ou son tuteur s'il est sous tutelle (art. 327a CC). Le droit matériel reconnaît néanmoins des attributs de capacité civile à l'enfant jugé capable de discernement selon l'art. 16 CC, en particulier lorsque l'enfant exerce des droits strictement personnels (art. 19c al. 1 CC; art. 67 al. 3 let. a CPC), une situation dans laquelle l'enfant peut agir lui-même en personne ou désigner un représentant conventionnel (avocat), conclure avec lui le contrat de mandat nécessaire et signer la procuration. Dans d'autres cas, le mécanisme de représentation de l'enfant sera régi par les dispositions spéciales des articles 299 et 300 CPC<sup>10</sup>.

Ainsi, lorsqu'un curateur de représentation est désigné à l'enfant, ce dernier – même s'il n'a en principe pas la qualité de partie et la légitimation active dans la procédure de ses parents – devient tout de même véritablement une partie intervenante à titre principal à la procédure<sup>11</sup>. Le curateur a également accès

à l'entier du dossier judiciaire et pas uniquement aux pièces ou aux extraits de mémoires concernant les points pour lesquels l'enfant est formellement partie<sup>12</sup>. Dans le cadre de sa mission, le curateur doit rester indépendant et neutre et il ne doit pas recevoir d'instructions du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant, lesquels ne peuvent exercer aucun contrôle sur la mission du curateur<sup>13</sup>.

Enfin, à moins d'un conflit d'intérêts évident, un seul curateur est désigné par fratrie, et ceci pour des raisons d'économie des coûts de la procédure et par souci de cohérence et de vision globale de la situation familiale<sup>14</sup>.

## 3. Les cas de représentation du mineur

Il convient de distinguer les cas qui relèvent du pouvoir d'appréciation du juge des cas où le juge doit impérativement nommer un curateur de procédure à l'enfant.

### 3.1 La curatelle obligatoire

La curatelle de représentation du mineur n'est obligatoire que dans une seule situation, à savoir lorsque l'enfant capable de discernement la demande, que ce soit en première ou en deuxième instance; en revanche, une telle demande serait tardive lorsqu'elle serait formée pour la première fois devant le Tribunal fédéral. Bien que la loi ne précise pas à partir de quel âge le seuil de discernement requis est atteint, il doit être fixé aux alentours de 10/12 ans en fonction des circonstances concrètes du cas et du degré de discernement de l'enfant (cf. art. 16 CC). Il résulte d'ailleurs de ce principe qu'il existe un devoir d'information de l'enfant, ou du moins de le rendre attentif à ses

<sup>4</sup> Philippe Meier, Martin Stettler, *Droit de la filiation*, 5<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle 2014, n. 571.

<sup>5</sup> Philippe Meier, *L'enfant et la nouvelle procédure civile*, in: Christiana Fountoulakis, Pascal Pichonnaz, Alexandra Rumo-Jungo (éd.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, Genève, Zurich 2012, p. 40.

<sup>6</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 570.

<sup>7</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 570 et n. 1290.

<sup>8</sup> Dans le même sens: Sabrina Burgat, *Le curateur de représentation de l'enfant dans les procédures du droit de la famille: analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_8/2017*, *Droit matrimonial: newsletter*, Neuchâtel, juin 2017, p. 3.

<sup>9</sup> Maryse Pradervand-Kernen, *La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières*, *FamPra.ch* 2016, p. 340.

<sup>10</sup> ATF 120 Ia 369; ATF 116 II 385, JdT 1993 I 611; 112 IV 9, JdT 1987 IV 5; TF 5A\_194/2011 du 30 mai 2011 c. 5.1; 5C\_51/2005 du 2 septembre 2005 c. 2.2, *FamPra.ch* 2006 p. 188. Meier, *op. cit.*, p. 45; Pradervand-Kernen, *FamPra.ch* 2016, pp. 340-341.

<sup>11</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 234; Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 575; Pradervand-Kernen, *FamPra.ch* 2016, pp. 344-345.

<sup>12</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 575.

<sup>13</sup> TF 5A\_220/2009 du 30 juin 2009. Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 576 et note 1402.

<sup>14</sup> Dieter Freiburghaus, *Auswirkungen der Scheidungsrechtsrevision auf die Kinderbelange und die vormundschaftlichen Organe*, RDT 1999, p. 146; Thomas Sutter-Somm, Dieter Freiburghaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zurich 1999, n. 36 ad art. 146/147 CC; Jonas Schweighauser, Art. 295-302 CPC, Anhang ZPO, in: Ingeborg Schwenzer, (éd.), *FammKomm Scheidung*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011, n. 29 ss. ad art. 300 CPC; Daniel Steck, *Erfahrungen mit der Kinderanhörung*, *FamPra.ch* 2001 p. 729.

<sup>15</sup> TF 5A\_744/2013 du 31 janvier 2014 c. 3.2.3; TF 5A\_153/2013 du 24 juillet 2013 c. 3.1; TF 5A\_465/2012 du 18 septembre 2012 c. 4.1.2; TF 5A\_66/2011 du 7 juin 2011 c. 4; TF 5A\_154/2010 du 29 avril 2010 c. 2; TF 5A\_183/2009 du 18 mai 2009 c. 1; TF 5A\_619/2007 du 25 février 2008 c. 4.2; TF 5C.210/2000 du 27 octobre 2000 c. 2b, FamPra.ch 2001 p. 607 ss.; Meier, *op. cit.*, p. 70; Pradervand-Kernen, FamPra.ch 2016, pp. 355-356; Jean Zermatten, *Le droit de l'enfant d'être entendu, plaidoyer 2/11*, Lausanne 2011, p. 46.

<sup>16</sup> TF 5A\_473/2013 du 6 août 2013 c. 8.

<sup>17</sup> Pour des exemples d'arrêts rendus en la matière: TF 5A\_465/2012 du 18 septembre 2012; TF 5A\_735/2007 du 28 janvier 2008; TF 5A\_619/2007 du 25 février 2008.

<sup>18</sup> Pradervand-Kernen, FamPra.ch 2016, p. 354.

<sup>19</sup> Maryse Pradervand-Kernen, *Les droits de l'enfant dans la procédure civile, à la lumière de la jurisprudence suisse*, in: Maryse Pradervand-Kernen, Paola Riva Gapany, Jean Zermatten, éd., *L'audition et la représentation de l'enfant en justice. Entre théorie et pratique*, Sion 2015, p. 28.

<sup>20</sup> Meier, *op. cit.*, pp. 71-72.

<sup>21</sup> Pradervand-Kernen, FamPra.ch 2016, p. 354.

<sup>22</sup> Pradervand-Kernen, *Les droits de l'enfant dans la procédure civile*, p. 30.

<sup>23</sup> Meier, *op. cit.*, p. 72.

<sup>24</sup> Schweighauser, *op. cit.*, n. 8 ss. *ad art.* 300 CPC.

<sup>25</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 236.

<sup>26</sup> Auteurs en faveur d'une approche subjective (*Kindeswille*): Michelle Cottier, Art. 314-314b CC, CommFam Protection de l'adulte, Berne 2013, n. 10 ss. *ad art.* 314a<sup>bis</sup> CC; Jacques Micheli, *Le rôle du curateur de l'enfant dans le divorce de ses parents*, FamPra.ch 2000, p. 661; Schweighauser, *op. cit.*, n. 3 ss. *ad art.* 300 CPC.

droits, et cela, car il serait inadéquat qu'un enfant ne découvre ses droits qu'au moment où la décision le concernant lui est communiquée selon l'art. 301 CPC<sup>15</sup>.

Dans un arrêt du 6 août 2013, le Tribunal fédéral a toutefois légèrement assoupli sa jurisprudence en accordant l'assistance judiciaire à l'enfant pour la procédure pendante devant le Tribunal cantonal et devant le Tribunal fédéral, tout en précisant toutefois qu'en 3<sup>e</sup> instance, le Tribunal fédéral n'accepte qu'exceptionnellement d'attribuer un représentant à l'enfant<sup>16</sup>.

### 3.2 La curatelle non obligatoire

La curatelle ne sera ordonnée dans les autres cas que si elle est nécessaire selon l'art. 299 al. 2 CPC<sup>17</sup>. La notion de nécessité s'interprète en accord avec le principe fondamental qui gouverne toute procédure matrimoniale, à savoir parvenir à une décision finale qui prenne en compte de façon adéquate le bien de l'enfant<sup>18</sup>. C'est dans la mesure où la réalisation de cet objectif l'exige que le tribunal ordonnera la représentation de l'enfant: en effet, dans certaines situations, la seule application des maximes d'office et inquisitoire n'offre pas de garantie suffisante pour la meilleure sauvegarde possible des intérêts de l'enfant<sup>19</sup>.

La curatelle de représentation non obligatoire peut être ordonnée dans les cas suivants: les parents déposent des conclusions différentes relatives (art. 299 al. 2 lit. a): à l'attribution de l'autorité parentale (ch. 1), à l'attribution de la garde (ch. 2), à des questions importantes concernant les relations personnelles (ch. 3), à la participation à la prise en charge (ch. 4), à la contribution d'entretien (ch. 5);

l'autorité de protection de l'enfant ou le père ou la mère le requièrent (art. 299 al. 2 lit. b); le tribunal, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons (art. 299 al. 2 lit. c), doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant les points énoncés à la let. a (cf. 1) ou envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant (ch. 2).

La plupart des cas énumérés à l'art. 299 al. 2 CPC – de manière non exhaustive d'ailleurs – sont problématiques et supposent que le tribunal procède à un examen selon sa propre appréciation (cf. art. 4 CC) pour savoir s'il doit ou non instituer une curatelle procédurale<sup>20</sup>. La désignation d'un représentant n'a donc pas lieu automatiquement<sup>21</sup>.

Dans le cadre de son examen, le tribunal peut très bien parvenir à la conclusion que les maximes d'office et inquisitoire permettent de sauvegarder suffisamment les intérêts de l'enfant. Il doit penser à procéder à cet examen tout au long de la procédure (et non au début seulement), en fonction de l'évolution des positions et comportements des parties, par exemple en cas d'intensification du conflit parental<sup>22</sup>. Le juge n'a toutefois pas à rendre d'ordonnance ou de décision d'instruction s'il renonce à instaurer une curatelle procédurale, sauf si une requête formelle émanant des père et mère, de l'autorité de protection ou de l'enfant capable de discernement est déposée<sup>23</sup>.

### 4. La mission et la fonction du curateur

La mission du curateur de représentation de l'enfant dans la procédure est de «représenter l'enfant dans la procédure, d'apporter l'optique de l'enfant dans les débats, de contrôler le

bien-fondé des décisions prises et leur mise en œuvre, de traduire les différentes étapes procédurales dans un langage accessible à l'enfant et – pour autant que l'ensemble des parties le veuillent – d'agir comme un intermédiaire, un médiateur ou un facilitateur entre les parties»<sup>24</sup>.

Autrement dit, le représentant de l'enfant a donc un rôle multidisciplinaire; d'une part, le curateur est l'avocat du mineur et représente la volonté du mineur dans la procédure, si bien qu'une formation juridique est indispensable; d'autre part, le curateur doit disposer d'une sensibilité humaine naturelle, de notions de psychologie infantile et de toutes les capacités pour recueillir la parole de l'enfant et l'entendre, étant rappelé que l'enfant ne peut et ne sait pas toujours exprimer ses désirs et est souvent l'otage de conflits de loyauté<sup>25</sup>.

En droit suisse, une controverse doctrinale existe sur la manière de rapporter et prendre en compte la parole de l'enfant; en particulier, dans le domaine de la représentation de l'enfant, la question se pose de savoir si le curateur doit intervenir comme un porte-parole de l'enfant qui exprime, de manière subjective, les souhaits, attentes et inquiétudes de l'enfant dans la procédure (sauvegarde de la *Kindeswille*), ou s'il doit faire preuve de sens critique par rapport aux vœux subjectifs de l'enfant et tenir compte de son niveau de discernement pour traduire, de façon purement objective, à quoi correspondrait le bien de l'enfant (sauvegarde du *Kindeswohl*)<sup>26/27</sup>.

Indépendamment de cette controverse doctrinale existant entre la sauvegarde de la *Kindeswille* ou du *Kindeswohl*, il apparaît assez clairement que les deux courants de doctrine doivent être pris en considération et que

tant les vœux subjectifs de l'enfant qu'une analyse objective de l'intérêt de l'enfant doivent être restitués au juge par le curateur de représentation, lequel devra faire preuve de sens critique, ne pas céder à la facilité de «faire plaisir» à l'enfant ou aux parents – par exemple en prenant le parti d'un parent au détriment de l'autre – et toujours veiller à rester le plus neutre et objectif possible<sup>28</sup>. Dans cette perspective, le rôle de l'avocat-curateur doit être de contribuer à faire respecter l'enfant comme sujet de droits et non simplement comme un destinataire de protection<sup>29</sup>, tout en gardant à l'esprit que plus l'enfant grandit et gagne en maturité et en capacité de discernement, plus il sera important que le curateur joue un rôle de simple porte-parole au risque sinon de perdre la confiance de l'enfant<sup>30</sup>. Tout comme le fait de désigner un curateur à l'enfant pour le représenter en procédure ne doit pas dispenser le juge d'entendre l'enfant conformément à l'art. 298 CPC<sup>31</sup>.

L'analyse qui précède suppose également que le curateur désigné pour représenter l'enfant dans la procédure devra toujours s'enquérir de la situation de son client sur les plans scolaire, médical et personnel, en procédant à des investigations directement auprès de ses professeurs/instituteurs, médecins, psychothérapeutes, psychologues, autres thérapeutes, et de ses deux parents également<sup>32</sup>.

Dans tous les cas, le juge ne sera pas lié par la parole de l'enfant et aura le choix de lui accorder ou non de l'importance en relation avec l'ensemble des éléments de la cause qu'il sera en train d'instruire, si bien que la parole de l'enfant ne sera jamais le seul élément de preuve déterminant, mais fera partie d'un faisceau de différents éléments à considérer pour rendre une décision<sup>33</sup>.

## 5. Le choix du curateur et les coûts

### 5.1 Les critères de choix du curateur

Selon l'art. 299 CPC, l'autorité ordonne si nécessaire la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique.

Si le législateur fédéral n'a pas prévu un profil de formation pour le représentant du mineur, selon le Tribunal fédéral toutefois, un curateur expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique pourrait être un travailleur social, un assistant social, un pédopsychologue qui connaisse suffisamment le droit, voire un juriste avec une formation continue spécifique, l'avocat devant rester l'exception<sup>34</sup>.

Cette affirmation du Tribunal fédéral à l'égard des avocats est étonnante et ne saurait être suivie entièrement pour le seul motif déjà qu'un travailleur social ou un assistant social n'aura en principe que peu de compétences juridiques et ne connaîtra ni la procédure civile, ni le droit matériel de la famille et de protection des mineurs<sup>35</sup>. C'est aussi le lieu de souligner que la doctrine et la littérature concernant les enfants ont plutôt tendance à constater que ni une formation purement psychosociale ni une formation purement juridique ne suffisent pour assumer le rôle de représentant du mineur; cela s'explique par le fait que «le curateur exerce une fonction d'interprète entre le monde des adultes et celui de l'enfant, sa position indépendante devant faciliter une activité médiatrice entre les parents, l'enfant, les autorités et le tribunal qui ont tous comme objectif commun la sauvegarde du bien de l'enfant dans les questions qui le concernent»<sup>36</sup>.

En pratique donc, le curateur devra tout de même le plus

souvent être un avocat puisque celui-ci est formé, par définition, pour disposer de compétences et d'expérience tant en matière de représentation judiciaire et d'assistance que dans le domaine juridique (cf. art. 299 al. 1 CPC)<sup>37</sup>.

Par ailleurs, s'il est vrai que l'approche psychologique est très importante pour la représentation des intérêts du mineur dans une procédure matrimoniale, notamment pour gagner la confiance de l'enfant à représenter<sup>38</sup>, rien ne permet d'emblée d'affirmer qu'un avocat, par exemple actif en droit de la famille, manquera nécessairement de psychologie dans sa mission de curateur et d'écoute de l'enfant.

Tout au contraire, l'avocat spécialiste en droit de la famille comprend, de par son expérience, en principe, rapidement la complexité des systèmes familiaux, ainsi que la psychologie, parfois compliquée, des relations et des liens unissant tous les membres d'une même famille.

En outre, la compétence juridique pour la représentation des intérêts d'un mineur dans une procédure est tout aussi importante que l'approche socio-psychologique<sup>39</sup> en ce sens que le curateur doit clairement maîtriser la forme des actes judiciaires (conclusions pouvant être prises ou non) et connaître la procédure civile (type de procédure applicable [divorce unilatéral, sur requête commune avec accord partiel ou complet, mesures protectrices de l'union conjugale, mesures provisionnelles, procédure devant l'autorité de protection ou le juge civil, etc.], audiences, délais de procédures [impératifs ou d'ordre, prolongeables ou non], moyens de preuve et administration des preuves, maximes applicables [d'office, inquisitoire, de

<sup>27</sup> Jurisprudences du Tribunal fédéral et auteurs en faveur d'une approche objective (*Kindeswohl*) avec des nuances en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant: cf. TF 5P83/2006 et 5P84/2006 du 3 mai 2006. Daniel Bähler, *Die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess*, RDT 2001, p. 191; Freiburghaus, *op. cit.*, p. 148; Levante, *Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – die Vertretung des Kindes im Besonderen*, Berne 2000 (thèse), p. 166; Dominique Manai, *Prendre les droits de l'enfant au sérieux: le nouveau droit du divorce*, in: Renate Pfister-Liechti (éd.), *De l'ancien au nouveau droit du divorce*, Berne 1999, p. 100; Fabienne Proz Jeanneret, *La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents*, RDT 2001, p. 200; Daniel Steck, *Die Vertretung des Kindes (Art. 146 f. ZGB) – erste praktische Erfahrungen*, RDT 2001, p. 108.

<sup>28</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 236.

<sup>29</sup> Jean Zermatten, *Entre droit d'être entendu et droit à voir son intérêt supérieur être pris en compte: quel rôle pour l'avocat?*, in: *L'audition et la représentation de l'enfant en justice*, Sion 2015, p. 69.

<sup>30</sup> Meier/Stettler, *op. cit.*, n. 579; Pradervand-Kernen, *FamPra.ch* 2016, pp. 359-360.

<sup>31</sup> Meier/Stettler, *op. cit.*, n. 579.

<sup>32</sup> Burgat, *op. cit.*, p. 6.

<sup>33</sup> Zermatten, *plaidoyer 2/2011*, p. 46.

<sup>34</sup> ATF 142 III 153. Burgat, *op. cit.*, p. 5; Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 235.

<sup>35</sup> Burgat, *op. cit.*, p. 5.

<sup>36</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, pp. 235-236.

<sup>37</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, p. 391 n. 578.

<sup>38</sup> Pradervand-Kernen, *Les droits de l'enfant dans la procédure civile*, p. 31.

<sup>39</sup> *Ibid.*

disposition, des débats, inquisitoire sociale, etc.], réquisitions, dépôts de pièces, etc.)<sup>40</sup>.

Il apparaît également que les rôles des services sociaux, du pédopsychiatre ou du pédopsychologue, du travailleur social, de l'assistant social et du curateur de représentation de l'enfant devraient plutôt pouvoir être distingués clairement afin de ne pas tout mélanger et de faciliter, précisément dans l'intérêt de l'enfant, la pluridisciplinarité, ainsi que l'échange et le partage d'informations et de compétences<sup>41</sup>.

Remarquons aussi qu'aux yeux de l'enfant, le curateur, chargé de le représenter et de prendre des conclusions pour lui dans une procédure opposant ses parents, incarnera le plus souvent un rôle d'opposition aux parents, une image difficilement conciliable avec le travail du pédopsychiatre/pédopsychologue ou du travailleur social<sup>42</sup>.

En conséquence, le recours à la personne de l'avocat en qualité de représentant de l'enfant dans la procédure des parents, en litige au sujet de leur enfant, présentera l'avantage, pour des raisons de coûts et de durée de la procédure également, de ne pas devoir nécessairement recourir, en parallèle, à une évaluation sociale de la situation par un service de protection de la jeunesse, étant précisé toutefois qu'une solution en tandem et pluridisciplinaire demeure un idéal qui devrait être recherché en pratique pour pouvoir compléter les compétences de l'avocat par l'approche sociale et la sensibilisation à l'écoute de l'enfant<sup>43</sup>.

### 5.2 Les pouvoirs conférés au curateur de procédure

L'art. 300 lit. a à f CPC définit l'étendue des compétences du représentant de l'enfant en prévoyant que le représentant de

l'enfant peut déposer des conclusions et interjeter recours lorsqu'il s'agit: de décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale (lit. a); de décisions relatives à l'attribution de la garde (lit. b); de questions importantes concernant les relations personnelles (lit. c); de la participation à la prise en charge (lit. d); de la contribution d'entretien (lit. e); de mesures de protection de l'enfant (lit. f).

En ce qui concerne les questions relatives aux relations personnelles, il y a lieu, dans le doute, de présumer l'importance de la question. Ainsi, on admet qu'il s'agit d'une question importante lorsqu'il y va de l'accompagnement ou non du droit de visite, de son refus pur et simple, de l'absence de droit de visite pendant les vacances ou d'un droit de visite très nettement réduit par rapport à la norme. En revanche, la question de savoir quel/s jour/s de la semaine le droit de visite doit être exercé ne doit généralement pas être considérée comme une question importante<sup>44</sup>.

L'art. 300 CPC énumère de façon exhaustive les compétences du curateur de procédure, lesquelles peuvent se cumuler, étant précisé que jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'entretien de l'enfant au 1<sup>er</sup> janvier 2017, les aspects litigieux en relation avec les contributions d'entretien étaient hors du champ des compétences du curateur de procédure, car le législateur considérait que les maximes inquisitoire et d'office suffisaient à assurer une prise en compte adéquate des intérêts du mineur<sup>45</sup>. Vu l'évolution du droit à cet égard, le législateur semble avoir finalement admis que les maximes d'office et inquisitoire ne suffisaient vraisemblablement plus à garantir les intérêts du mineur et qu'il y avait lieu d'élargir le champ des

compétences du curateur de représentation de l'enfant.

Enfin, il est rappelé que le curateur de représentation du mineur a les mêmes droits que les parties au litige, dans les limites des prérogatives procédurales de l'art. 300 CPC; il peut donc consulter le dossier, s'en faire délivrer une copie (art. 53 al. 2 CPC), participer aux audiences et requérir des actes d'instruction. Ainsi, par le biais de son curateur, l'enfant acquiert dans la procédure un rôle d'intervenant principal *sui generis* qui fait valoir ses propres intérêts<sup>46</sup>.

### 5.3 Les coûts du curateur

En ce qui concerne la rémunération du curateur de représentation, alors que l'ancien art. 147 al. 3 CC prévoyait expressément que les frais de procédure et les dépens ne pouvaient pas être mis à la charge de l'enfant<sup>47</sup>, il apparaît que le code de procédure civile n'a prévu aucune réglementation spéciale sur cette question.

Par conséquent, les frais de représentation de l'enfant font partie des frais judiciaires (art. 95 al. 2 lit. e CPC) et ils peuvent être répartis en équité (art. 107 al. 1 lit. c CPC) et non selon le sort de la cause (art. 106 CPC)<sup>48</sup>, étant rappelé que cette solution se justifie aussi du fait que le curateur intervient sur désignation de l'autorité ou du juge, mais indépendamment de toute autre intervention ou instruction de l'autorité qui l'a désigné<sup>49</sup>.

En principe, l'entretien de l'enfant (art. 276 CC) – qui comporte d'ailleurs la défense de ses droits en justice, en particulier les frais de procédure et les honoraires d'avocat – incombe aux représentants légaux (en règle générale les parents), et ce devoir d'assistance des parents l'emporte même sur le devoir de l'État de fournir une assistance dans le

<sup>40</sup> Burgat, *op. cit.*, p. 5; Cottier, *op. cit.*, n. 8 ad art. 314a<sup>bis</sup> CC.

<sup>41</sup> Burgat, *op. cit.*, p. 5.

<sup>42</sup> Burgat, *op. cit.*, p. 5.

<sup>43</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, p. 391 n. 578.

<sup>44</sup> Meier, *op. cit.*, p. 73. Pradervand-Kernen, *Les droits de l'enfant dans la procédure civile*, p. 31.

<sup>45</sup> Pradervand-Kernen, *Les droits de l'enfant dans la procédure civile*, p. 31.

<sup>46</sup> Meier, *op. cit.*, p. 73. Pradervand-Kernen, *Les droits de l'enfant dans la procédure civile*, p. 31.

<sup>47</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 237.

<sup>48</sup> Burgat, *op. cit.*, p. 6; Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 577.

<sup>49</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 237.

domaine de la représentation judiciaire<sup>50</sup>. Même si la règle de l'art. 147 al. 3 aCC n'a pas été reprise dans le CPC, elle continue de s'appliquer, de sorte que les frais d'une procédure ne sauraient être mis à la charge de l'enfant personnellement, à moins que l'enfant dispose de revenus importants ou d'une fortune considérable qui l'obligeraient (art. 276 al. 3 et 323 al. 2 CC) à contribuer à son propre entretien<sup>51</sup>.

Partant, la répartition des frais de représentation de l'enfant doit donc se faire entre les père et mère, et en fonction de leurs capacités contributives respectives, conformément aux critères de l'art. 285 CC, étant encore précisé que le curateur est lié par le défraiement fixé par l'autorité et ne peut pas réclamer une rémunération supplémentaire aux parents. Cela suppose donc qu'il faut fixer une rémunération qui ne soit pas trop rigide, qui tienne compte du travail accompli et du temps réellement investi et qui permette au curateur d'agir avec la diligence requise dans l'intérêt de l'enfant. L'enfant pourra aussi avoir un curateur de représentation qui lui sera désigné comme un conseil d'office au sens de l'art. 118 CPC et qui sera alors rémunéré aux conditions de l'assistance judiciaire<sup>52</sup>.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral – laquelle n'a pas résolu la question du tarif horaire applicable puisque cette question relève du droit cantonal<sup>53</sup> –, il est arbitraire de ne pas tenir compte du temps réel et raisonnablement passé par le curateur de représentation pour arrêter son défraiement<sup>54</sup>.

Il est donc dans l'intérêt d'une représentation effective et appropriée de l'enfant au sens de l'art. 299 CPC de fixer l'indemnité selon le temps consacré

au dossier, pour autant que ce temps soit approprié en fonction des circonstances de l'espèce<sup>55</sup>.

## 6. La fin de la mission du curateur de représentation

La curatelle prend fin à l'issue de la procédure matrimoniale, soit dès que la décision finale est devenue exécutoire. Néanmoins, il est parfois important que le curateur veille à ce que les décisions de l'autorité soient respectées, ce qui nécessite le maintien de la représentation pendant un certain temps après la fin de la procédure. Cette façon d'agir aurait au moins l'avantage d'être plus économique, plus rapide et conforme aux intérêts de l'enfant qui ne doit pas immédiatement être pourvu d'un nouveau curateur nommé en application de l'art. 308 CC<sup>56</sup>.

En revanche, si des mesures de protection devaient encore s'avérer nécessaires après un certain temps après l'entrée en vigueur de la décision et la fin de la procédure, alors il devrait incomber à l'autorité de protection de l'enfant de désigner, cette fois, un curateur sur la base de l'art. 308 CC, selon ce que les circonstances commandent<sup>57</sup>.

Dans le meilleur des cas, il y aurait lieu de désigner, si possible, la même personne en qualité de curateur, en tenant toutefois compte du fait que le curateur choisi pour prolonger sa mission devrait conjuguer des compétences différentes et mixtes, l'accent étant mis sur des connaissances relatives à la procédure pour le curateur désigné sur la base de l'art. 299 CPC, alors qu'il sera mis sur l'encadrement psychosocial pour le curateur de l'art. 308 CC<sup>58</sup>.

Par conséquent, la jonction de ces compétences étant compliquée, ce sont dès lors surtout les services de protection de la

jeunesse qui assumeront la prolongation de la curatelle de l'art. 299 CPC prononcée sur la base de l'art. 308 CC<sup>59</sup>.

## 7. Le cas particulier de l'art. 314abis CC

En marge de la réforme sur la protection de l'adulte, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le législateur a introduit une nouvelle disposition directement dans le code civil, soit l'art. 314a<sup>bis</sup> CC.

L'art. 314a<sup>bis</sup> al. 1 CC, qui reprend intégralement le contenu de l'art. 299 al. 1 CPC, confère une compétence directement à l'autorité de protection de l'enfant d'ordonner, si nécessaire, la représentation de l'enfant et de désigner un curateur expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique<sup>60</sup>.

En revanche, l'art. 314a<sup>bis</sup> al. 2 ch. 1 et 2 CC diverge de l'art. 299 al. 2 CC, car il prévoit que l'autorité de protection examine si elle doit instituer une curatelle, en particulier lorsque la procédure porte sur le placement de l'enfant ou lorsque les personnes concernées déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale (ce qui sera nécessairement le cas dans les procédures concernées par l'art. 298b CC) ou à des questions importantes concernant les relations personnelles avec l'enfant.

Quant à l'art. 314a<sup>bis</sup> al. 3 CC, il se limite à rappeler que le curateur peut faire des propositions et agir en justice.

Contrairement à l'art. 299 al. 3 CPC, l'art. 314a<sup>bis</sup> CC est plus limité en ce sens qu'il ne confère pas à l'enfant capable de discernement ou à ses père et mère la possibilité de requérir la mise en œuvre d'une curatelle de procédure; cela étant dit, là où une telle requête devrait immanquablement être un critère important dans l'appréciation de l'autorité

<sup>50</sup> ATF 119 Ia 134; ATF 103 Ia 99 c. 4. Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 237.

<sup>51</sup> Meier, *op. cit.*, p. 75.

<sup>52</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 577.

<sup>53</sup> Burgat, *op. cit.*, p. 6.

<sup>54</sup> TF 5A\_8/2017 du 25 avril 2017 c. 2.3; TF 5A\_168/2012 du 26 juin 2012.

<sup>55</sup> ATF 142 III 153; TF 5A\_8/2017 du 25 avril 2017 c. 2.3.

<sup>56</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 237; Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 1290.

<sup>57</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 1290.

<sup>58</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 1290 et note 2984.

<sup>59</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 1290 et note 2984.

<sup>60</sup> Burgat, *op. cit.*, p. 3.

pour décider de mettre en place une curatelle de procédure, en particulier dans les procédures visées par les articles 298b et 298d CC, et cela afin de ne pas créer d'inégalité de traitement entre les enfants de parents mariés et les enfants de parents non mariés<sup>61</sup>.

Cottier et Pradervand-Kernen vont même plus loin, à juste titre, en rappelant que même si l'art. 314a<sup>bis</sup> CC ne confère pas directement un droit à l'enfant et aux parents de demander une curatelle de représentation de l'enfant, un tel droit doit cependant être reconnu: aux parents, car il découle de leur qualité de parties à la procédure de protection de l'enfant; et à l'enfant capable de discernement s'il s'agit de sauvegarder ses droits strictement personnels sur la base de l'art. 19c al. 1 CC<sup>62</sup>.

En conséquence des constats qui précèdent, il apparaît assez clairement que l'art. 314a<sup>bis</sup> CC mériterait d'avoir été mieux réfléchi en miroir avec l'art. 299 CPC et qu'il devrait être complété dans le cadre d'une éventuelle prochaine réforme. En attendant une telle amélioration législative, le catalogue des cas dans lesquels l'autorité de protection doit examiner l'opportunité de désigner un représentant à l'enfant (art. 314bis CC) ne devrait pas différer et être plus restreint que le catalogue des cas prévus à l'art. 299 CPC<sup>63</sup>.

## 8. Conclusion

Au regard des avancées législatives des dernières années en matière de droit de la famille, notamment de l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juillet 2014, d'un système d'autorité parentale conjointe quasi automatique, tant pour les parents divorcés que pour les parents non mariés, il apparaît clairement que les parents risquent plu-

tôt de diverger, aujourd'hui et à l'avenir, sur les questions de garde, de relations personnelles, de participation à la prise en charge des enfants et d'entretien des enfants<sup>64</sup>.

C'est pourquoi, en situation de conclusions divergentes des parents quant au sort de leurs enfants, l'existence d'un conflit d'intérêts dans la procédure entre les parents et l'enfant devrait être présumée d'office, avec pour conséquence qu'un curateur de représentation des intérêts de l'enfant au sens de l'art. 299 CPC devrait pouvoir être désigné systématiquement<sup>65</sup>.

Tel n'est aujourd'hui pas le cas, car malgré le fait que l'institution de la curatelle de représentation du mineur était supposée valoriser la position procédurale de l'enfant, il est apparu, statistiquement, que cette mesure a été – et est encore – trop peu utilisée<sup>66</sup>.

À mon sens, le principe d'une représentation systématique ou quasi systématique de l'enfant dans les affaires familiales s'impose pourtant aujourd'hui; de même que cette question appelle aussi une réflexion de fond sur la problématique de l'audition des enfants par les juges, une voie qui n'est aujourd'hui pas assez explorée et assumée par les magistrats qui, encore trop souvent, n'entendent pas les enfants directement et délèguent cette compétence aux services de protection de l'enfance. À noter aussi que si une représentation de l'enfant par un curateur devenait la règle, cela ne devrait en aucun cas exclure l'acte d'instruction supplémentaire et crucial qu'est l'audition du mineur par le juge lui-même<sup>67</sup>.

À ce sujet, le Tribunal fédéral a tranché que le juge doit dans la règle procéder à l'audition de l'enfant lui-même et ne doit pas

déléguer de manière systématique l'audition à des tiers, sauf si une spécialisation est nécessaire<sup>68</sup>. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, qui estime que tout enfant impliqué dans une procédure engagée par l'un de ses parents doit être entendu dans un cadre adapté, si elle a jugé qu'il serait excessif d'imposer systématiquement une audition de l'enfant en audience et qu'il appartient au juge de décider de l'opportunité de cette audition, elle n'a pas exclu pour autant que l'audition du mineur directement et systématiquement, ou quasi systématiquement, par le juge ne puisse pas être érigée en principe<sup>69</sup>.

Cependant, un tel niveau d'exigence de la part des magistrats et du système se heurterait à un obstacle de taille: les magistrats ne reçoivent pas, en Suisse et dans la plupart des pays, une formation particulière dans le domaine de la représentation et de l'audition du mineur. Il se pourrait même qu'ils redoutent de se confronter à la tâche de l'audition directe du mineur et d'évaluer l'opportunité de sa représentation par un curateur<sup>70</sup>.

En conclusion, en dépit de ce dernier obstacle d'ordre essentiellement pratique, il apparaît, au vu des développements qui précèdent, que l'audition directe de l'enfant par le juge est un principe intrinsèquement lié à celui de la représentation du mineur dans la procédure et qu'il s'agit en réalité de deux mesures commandées par l'intérêt supérieur du mineur qui devraient, à l'avenir, être appliquées à chaque fois que cela est possible et le plus souvent possible. Cette thèse est également encouragée par le fait qu'il a été démontré depuis longtemps que l'enfant dispose de facultés exceptionnelles lui permettant d'être perçu comme un acteur de son propre développement<sup>71</sup>. ■

<sup>61</sup> Meier, Stettler, *op. cit.*, n. 580.

<sup>62</sup> Cottier, *op. cit.*, n. 7 *ad* art. 314a<sup>bis</sup> CC; Pradervand-Kernen, Les droits de l'enfant dans la procédure civile, p. 30.

<sup>63</sup> Pradervand-Kernen, FamPra.ch 2016, p. 355.

<sup>64</sup> Dans le même sens: Burgar, *op. cit.*, p. 4.

<sup>65</sup> Dans le même sens: Burgar, *op. cit.*, p. 4.

<sup>66</sup> Meier, *op. cit.*, p. 69.

<sup>67</sup> Galli-Widmer, *op. cit.*, p. 237.

<sup>68</sup> ATF 133 III 553; 127 III 295. Zermatten, *op. cit.*, p. 45.

<sup>69</sup> ACEDH *Sahin c. Allemagne* (Requête n° 30943/96) du 8 juillet 2003. Zermatten, *op. cit.*, p. 45.

<sup>70</sup> Zermatten, *op. cit.*, p. 45.

<sup>71</sup> Zermatten, *op. cit.*, pp. 45 et 47.