

## Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) juillet à octobre 2011<sup>1</sup>

par Philippe Meier, docteur en droit et avocat, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne (version allemande: Thomas Häberli, avocat, juge au Tribunal administratif, Berne)

### A. Constitution fédérale et CEDH<sup>2</sup>

#### *RJ 84-11*

#### *Action en contestation de la filiation*

*Arrêt de la CourEDH du 26 juillet 2011 (T.C. et H.C. c. Turquie):*

**1.** Action en désaveu de paternité intentée par les parents du père décédé (comp. art. 258 CC). **2.** Une situation dans laquelle une présomption légale prévaut sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le «respect» effectif de la vie privée et familiale. **3.** Les requérantes (ex-épouse et fille du défunt) ont contesté les modalités d'une première analyse ADN (le laboratoire ayant lui-même confirmé que les règles applicables n'avaient pas été respectées) et se sont montrées disponibles pour se soumettre à un nouvel examen, de manière à permettre l'établissement de la vérité biologique. Or les autorités ne sont pas entrées en matière sur leurs griefs (sans motivation), alors même que le père légal, principal intéressé, n'avait pour sa part pas désavoué sa paternité pendant les quatre ans qui ont séparé la naissance de l'enfant de son propre décès. **4.** Les intérêts en jeu sont d'une part le droit des requérantes à maintenir les liens de filiation établis avec le père défunt (mais aussi leur intérêt successoral, c'est nous qui précisons) et, de l'autre, les droits successoraux des parents du défunt. L'intérêt public à la protection de la sécurité juridique est également à mettre en balance dans l'évaluation. **5.** La Cour considère qu'un équilibre entre les intérêts des requérantes et ceux des demandeurs à l'action en désaveu n'a pas été ménagé, et que le système juridique interne n'a pas garanti le «respect de la vie privée» des requérantes. Les tribunaux ont par ailleurs maintenu les requérantes dans un état d'incertitude prolongée – pendant une période de six ans et sept mois.

<sup>1</sup> Cette 24<sup>ème</sup> édition du Résumé de jurisprudence couvre en principe les arrêts rendus ou/et publiés de juillet à octobre 2011. Pour les résumés précédents, cf. RDT 2003 117 et 409, RDT 2004 93 et 239, RDT 2005 113 et 249, RDT 2006 75, 183 et 292, RDT 2007 70, 192 et 296, RDT 2008 199, 352 et 476, RDT 2009 102, 245 et 390, RMA 2010 123, 292 et 445, RMA 2011 116 et 288. L'Arrêt résumé sous RJ 50-11 est publié aux ATF 137 III 241, le RJ 51-11 aux ATF 137 I 154, le RJ 64-11 est publié aux ATF 137 III 193, le RJ 72-11 aux ATF 137 III 332, le RJ 80-11 aux ATF 137 III 289 et le RJ 83-11 (2C\_327 et 328/2010) aux ATF 137 I 247. La lettre après la référence de l'arrêt fédéral (d/f/i) indique la langue de celui-ci.

<sup>2</sup> Arrêts CEDH consultables en ligne à l'adresse [www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/case-Law/Hudoc/Hudoc+database](http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/case-Law/Hudoc/Hudoc+database). Les arrêts de Chambre ne sont pas définitifs : un renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre peut encore être demandé. Le lecteur est invité à vérifier le caractère définitif de l'arrêt résumé sur le site de la CourEDH. Sauf indication contraire, tous les arrêts sont des arrêts de Chambre.

**RJ 85-11*****Relations personnelles avec le père biologique?***

*Arrêt de la CourEDH du 15 septembre 2011 (Schneider c. Allemagne):*

**1.** Père biologique supposé qui reconnaît l'enfant d'une mère déjà mariée, dans le but d'obtenir un droit de visite; reconnaissance dépourvue d'effet compte tenu de l'existence d'une paternité juridique. Refus du couple marié de procéder à un test ADN, dans l'intérêt de leurs propres relations familiales. **2.** La Cour constitutionnelle avait jugé que la relation entre le père biologique et l'enfant n'était protégée que s'il existait une relation sociale entre eux, fondée sur des responsabilités réellement prises par le père vis-à-vis de l'enfant pendant un certain temps au moins. **3.** En soi, une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH fait défaut; cela est cependant dû à l'impossibilité pour le père d'établir des liens juridiques avec l'enfant. Par ailleurs, le père biologique supposé avait eu une liaison de un an et quatre mois avec la mère, avait prévu d'avoir un enfant avec celle-ci, l'avait accompagnée à des consultations médicales et avait reconnu l'enfant avant même la naissance de celui-ci. Dès lors, la Cour n'exclut pas que la relation que l'homme envisageait d'avoir avec l'enfant relève bien de la vie familiale. Quoi qu'il en soit, la question de savoir si l'intéressé avait un droit de visite et d'information concernant l'enfant, même en l'absence de vie familiale, concerne sa «vie privée» au sens de l'art. 8 CEDH. **4.** Comme dans l'affaire Anayo c. Allemagne (arrêt du 21 décembre 2010, RJ 3-11), la CourEDH juge que les autorités nationales doivent ménager un juste équilibre entre les droits concurrents (parents légitimes, enfant et père biologique supposé) en jeu. Elles doivent en particulier tenir compte des raisons juridiques et pratiques pour lesquelles les intéressés s'étaient trouvés dans l'impossibilité de modifier leurs relations avec les enfants en question. **5.** Il leur incombe de déterminer si les contacts entre un père biologique et son enfant sont ou non dans l'intérêt de celui-ci; dans ce contexte, il n'est pas possible de déterminer l'intérêt d'un enfant vivant avec son père légitime, mais dont le père biologique est un autre homme, au moyen d'une présomption légale générale; un examen des circonstances particulières de chaque affaire est nécessaire pour ménager un juste équilibre entre les droits de toutes les personnes impliquées.

*Remarque:* si l'on peut comprendre le raisonnement de la Cour dans l'affaire Anayo (homme dont la paternité biologique est certaine), il est plus difficile à suivre ici: on devrait probablement exiger de l'homme en question de faire d'abord établir sa paternité, en utilisant par analogie (en droit suisse en tout cas) l'action sui generis en recherche des origines (ici action en recherche de sa descendance), qui permettrait de clarifier la situation, sans pour autant porter atteinte au lien juridique de paternité. La CourEDH estime cependant ne pas devoir tenir compte de cette différence, parce que les autorités allemandes ne l'avaient pas fait de leur côté (car il n'y avait de toute façon aucun lien avec l'enfant).

**RJ 86-11****Ordre de retour d'un enfant fondé sur le règlement de l'Union européenne**

*Arrêt de la CourEDH du 12 juillet 2011 (Sneerson et Kampanella c. Italie):*

**1.** Ordonnance de retour en Italie d'un enfant de Lettonie (où il vit avec sa mère) prononcée par les tribunaux italiens en se fondant sur le règlement communautaire (CE) n° 2201/2003 du Conseil relatif à la juridiction en matière de responsabilité parentale. **2.** Violation de l'art. 8 CEDH. Les décisions judiciaires italiennes très peu motivées n'ont pas tenu compte du risque de troubles névrotiques en cas de séparation d'avec la mère, du fait que le père n'avait pas cherché à voir son fils depuis deux ans au moment des décisions, de l'adéquation des conditions de logement et de la nécessité de prévoir un droit de visite plus long (qu'un mois une année sur deux) en faveur de la mère. Les tribunaux italiens n'ont par ailleurs pas envisagé d'autres solutions pour assurer des contacts entre l'enfant et son père.

**RJ 87-11****Education sexuelle à l'école**

*Décision sur recevabilité de la CourEDH du 23 septembre 2011 (Dojan et autres c. Allemagne):*

**1.** Les cours et ateliers d'éducation sexuelle dont les parents de plusieurs enfants, membre de l'Eglise évangélique baptiste, demandaient la dispense, avaient pour but la transmission neutre de connaissances sur la procréation, la contraception, la grossesse, l'accouchement et les abus sexuels; ils étaient nécessaires pour permettre aux enfants d'acquérir un esprit critique envers les influences de la société. Ces buts sont conformes aux principes de pluralisme et d'objectivité de l'art. 2 du Protocole no 1 à la CEDH (non ratifié par la Suisse: «Article 2 – Droit à l'instruction. Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques»).

**2.** Les cours et activités en cause ne remettaient pas en cause l'éducation sexuelle donnée par les parents à partir de leurs convictions religieuses ; la direction de l'école n'a pas manifesté de préférence pour une religion ou une croyance particulière. **3.** La CEDH ne protège pas le droit d'une personne de ne pas se trouver confrontée à des opinions contraires aux siennes. Les amendes prononcées à l'endroit des parents étaient proportionnées. **4.** Aucune question distincte ne se pose sous l'angle des art. 8 ou 9 CEDH.

*Remarque:* les parents avaient aussi empêché leurs enfants de participer aux festivités de carnaval organisées à l'école, au motif que cela ne correspondait pas à leurs croyances religieuses et morales.

**RJ 88-11****Obligation d'assumer les mandats tutélaires pour les avocats et notaires**

*Arrêt de la CourEDH du 18 octobre 2011 (Graziani-Weiss c. Autriche):*

**1.** L'obligation faite par le droit autrichien aux avocats et aux notaires (mais pas

aux autres personnes ayant une formation juridique) d'assumer une fonction de curateur légal, non rétribué, ne constitue pas un travail forcé selon l'art. 4 CEDH (obligation connue au moment où l'on décide de devenir avocat, pas de charge excessive, absence de rémunération légitime dans certaines circonstances, privilèges de représentation dans d'autres procédures). **2.** Ils ne se trouvent par ailleurs pas dans une situation comparable aux autres personnes qui ont une formation juridique (pas de discrimination selon l'art. 14 CEDH).

*Remarque:* la CourEDH ne se prononce pas sur l'obligation générale faite au citoyen, comme c'est le cas du droit suisse actuel et futur (sur cette question: *A. Flückiger*, L'obligation d'être tuteur: un principe de subsidiarité à l'épreuve de l'art. 4 CEDH, RMA 2011 263 ss; au sujet du devoir ciblé sur certaines professions: p. 281 s.).

### **RJ 89-11**

#### ***Nationalité d'un enfant né hors mariage***

*Arrêt de la CourEDH du 11 octobre 2011 (Genovese c. Malte):*

Le refus d'accorder la nationalité maltaise à un enfant (pourtant reconnu) de père maltais, au motif qu'il est né hors mariage d'une mère non maltaise, constitue une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH.

*Remarque:* on rappellera que le droit suisse prévoyait une solution analogue au droit maltais jusqu'au 31 décembre 2005. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, l'enfant étranger mineur dont le père est suisse mais n'est pas marié avec la mère acquiert la nationalité suisse par l'établissement du rapport de filiation avec le père, comme s'il l'avait acquise à la naissance (art. 1 al. 2 LN, RS141.0).

## **B. Code civil<sup>3</sup>**

### **1. Filiation**

#### **1.1 Etablissement de la filiation**

### **RJ 90-11**

#### ***Action en désaveu – qualité pour défendre et point de départ des délais***

*Arrêt du TF 5A\_240/2011 du 6 juillet 2011 (d):*

**1.** L'enfant et la mère défendeurs à l'action en désaveu sont des consorts nécessaires. Lorsque le recours n'est dirigé que contre l'enfant, le TF entre exceptionnellement en matière mais le jugement (rendu dans une action d'état, soumise à la maxime d'office) sera opposable à l'ensemble des consorts. **2.** Les délais de l'art. 256c al. 1 CC commencent à courir notamment lorsque le mari de la mère apprend que la mère a cohabité avec un tiers à l'époque de la conception. Il suffit que la mère lui indique avoir eu une relation sexuelle avec un tiers ou qu'il soit possible que l'enfant ne soit pas de lui; il n'est pas nécessaire de connaître

<sup>3</sup> Les arrêts résumés couvrent parfois plusieurs sujets. Ils ne figurent toutefois qu'une seule fois dans la présente chronique. Certains développements relatifs au droit de visite peuvent ainsi se trouver dans des arrêts résumés dans la sous-rubrique «entretien».

l'identité de ce tiers, pas plus qu'il n'importe de savoir si le rapport sexuel était contraint ou non, ou si le mari a aussi eu des relations avec sa femme pendant cette période. De simples doutes ou craintes ne suffisent en revanche pas, tant et aussi longtemps que les circonstances n'exigent pas du mari qu'il clarifie la situation. **3.** Une connaissance certaine via un test ADN n'est pas requise. **4.** En l'espèce, le délai d'une année était échu. Rappel de la jurisprudence restrictive relative à une restitution de délai (RJ 47-11, ainsi que ATF 132 III 1 et ATF 136 III 593). La méconnaissance de la situation juridique, en particulier des délais fixés par la loi pour agir en désaveu, n'est pas un motif de restitution: nul n'est censé ignorer une loi publiée au recueil officiel. Tenir compte de cette méconnaissance irait à l'encontre même du but poursuivi par les délais légaux, qui est de servir la sécurité juridique. **5.** L'intérêt de l'enfant à voir aboutir l'action peut exceptionnellement conduire à admettre un juste motif dans des circonstances qui, sinon, ne seraient pas jugées suffisantes (ATF 136 III 593); à l'inverse, un juste motif pourrait être admis plus largement si l'intérêt du demandeur l'emportait clairement sur l'intérêt de l'enfant. **6.** En l'espèce, l'autorité cantonale a notamment relevé que le lieu de résidence du père biologique était difficile à établir et qu'il existait un risque que l'enfant demeure longtemps sans paternité. Les intérêts financiers et successoraux du mari, ainsi que sa volonté de faire coïncider situation juridique et lien biologique et psycho-affectif (il n'a pas de contact avec l'enfant) ne l'emportaient pas de manière incontestable sur l'intérêt de l'enfant.

*Remarque:* On sent le Tribunal fédéral peu à l'aise avec sa propre jurisprudence relative à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. A notre sens, l'existence d'éventuels justes motifs de restitution du délai (de nature subjective ou objective) est une question indépendante des intérêts en présence. Ce n'est que lorsqu'on est en présence d'une action tardive de *l'enfant* lui-même que son intérêt prépondérant pourrait être pris en compte, non pas lorsque c'est son père juridique qui agit.

### **RJ 91-11**

#### ***Curatelle de représentation dans les procès de filiation – qualité pour recourir***

*Arrêt du TF 5A\_150/2011 du 29 juin 2011 (f):*

**1.** La qualité pour recourir selon l'art. 420 al. 2 CC est ouverte au tiers, dans la mesure où il invoque les intérêts du pupille à protéger ou la violation de droits ou d'intérêts personnels (ATF 137 III 67 et ATF 121 III 1). La poursuite d'intérêts personnels n'est toutefois admise que si les droits ou intérêts propres de l'intéressé doivent être pris en considération dans le cadre de l'acte litigieux. **2.** Dans l'ATF 121 III 1, le TF a considéré que, lors de l'institution d'une curatelle de représentation en vue d'une action en contestation de paternité ou d'une action en désaveu, de même que lors de l'institution d'une curatelle de paternité, l'autorité tutélaire se préoccupe exclusivement de l'intérêt de l'enfant: elle n'a pas à veiller aux intérêts ou aux droits des tiers, notamment à ceux du père putatif. Lorsque l'autorité décide d'instituer une curatelle dans le cadre de ces actions, le père naturel ou le père légal ne sont habilités à interjeter un recours selon l'art. 420

CC que dans la seule mesure où ils défendent l'intérêt personnel de l'enfant.

**3.** Lorsque c'est le prétendu père naturel qui requiert la désignation d'un curateur pour intenter l'action en désaveu, l'autorité tutélaire doit déterminer si l'ouverture de cette action est ou non conforme à l'intérêt de l'enfant. Elle devra d'abord examiner s'il existe des indices permettant de sérieusement douter de la paternité du père légalement inscrit. Dans l'affirmative, elle procédera à une pesée des intérêts de l'enfant, en comparant sa situation avec et sans le désaveu. Elle doit tenir compte des conséquences d'ordre tant psycho-social que matériel, par exemple la perte du droit à l'entretien et des expectatives successorales. Il ne sera pas dans l'intérêt de l'enfant d'introduire une telle action lorsqu'il n'est pas certain qu'il puisse obtenir un autre père légal, lorsque la contribution d'entretien serait notablement moindre, lorsque la relation étroite entre l'enfant et ses frères et sœurs serait sérieusement perturbée ou lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que l'enfant serait en mesure d'entretenir une relation positive sur le plan socio-psychique avec son géniteur (cf. RJ 102-09).

**4.** En tant qu'il fait valoir l'intérêt des enfants à l'action en désaveu, le recourant, prétendu père naturel, doit donc se voir reconnaître la qualité pour interjeter recours contre une décision rejetant sa requête.

**5.** Sur le fond, le rapport d'enquête sociale relate que les enfants ont toujours entretenu une relation affective suivie avec le mari de la mère, qu'ils considèrent comme leur père; celui-ci reste un soutien pour la famille, malgré le fait qu'il vive séparé de la mère. Le rapport souligne également que les enfants n'avaient plus revu le père naturel depuis plusieurs mois, qu'ils avaient assisté à des scènes de violence subies par leur mère et qu'ils craignaient de revoir l'intéressé. Ce dernier avait en outre été condamné à une peine privative de liberté pour lésions corporelles infligées aux membres de la famille de la mère des enfants. Le rapport note également que, dans l'hypothèse où la paternité du recourant devait être établie, l'instauration d'un droit de visite se révélerait impossible, même par le biais d'un Point Rencontre. Le recourant n'est par conséquent pas parvenu à étayer l'intérêt des enfants au désaveu.

**6.** Sur le plan procédural, il se plaignait de ne pas avoir pu consulter le rapport d'enquête sociale. Dans le domaine de la protection de l'enfance (dans lequel la maxime d'office s'applique de façon illimitée), l'autorité compétente peut mener l'enquête de façon inhabituelle et, de son propre chef, se procurer des rapports: c'est en effet le bien de l'enfant qui est déterminant en premier lieu. En outre, comme dans toutes les affaires personnelles, le droit de participer à l'administration des preuves peut être limité si des raisons le justifient. C'est le juge qui décide, en vertu de son pouvoir d'appréciation et en fonction des intérêts en jeu, dans quelle mesure les parties sont exclues de l'administration des preuves (art. 156 CPC). Il suffit alors que les parties aient ultérieurement la possibilité de se prononcer sur le résultat de la preuve pour que leur droit d'être entendu soit garanti, ce qui a été le cas en l'espèce dans le cadre du recours.

*Remarque:* Le TF semble ranger la liberté de l'autorité de recourir à des preuves «insolites» dans la maxime d'office. C'est à notre sens plutôt de la maxime inquisitoire qu'il s'agit.

## 1.2 Effets de la filiation

### 1.2.1 Autorité parentale et garde, relations personnelles

#### **RJ 92-11**

#### ***Autorité parentale conjointe – application de la jurisprudence Zaunegger (RJ 02-10 et RMA 2010 246) / médiation contrainte***

*Arrêt du TF 5A\_72/2011 du 22 juin 2011 (d):*

**1.** Le TF laisse ouverte la question de savoir si l'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne est applicable à l'art. 133 al. 3 CC. Dans le cas d'espèce, le tribunal ne s'est en effet pas seulement fondé sur l'opposition de la mère pour rejeter une autorité parentale conjointe, mais aussi sur le fait que celle-ci ne serait de toute façon pas conforme à l'intérêt de l'enfant, en raison des divergences importantes qui séparent les parents et de leur impossibilité de communiquer, ainsi que du conflit de loyauté dans lequel se trouve l'enfant. **2.** Le TF rappelle que son arrêt 5A\_457/2009 du 9 décembre 2009 (RJ 10-10), qui avait admis une médiation contrainte, a été rendu dans le cadre de mesures de protection de l'enfant, et non d'un divorce; par ailleurs, vu le pouvoir d'appréciation qu'il reconnaît aux autorités cantonales, le refus de celles-ci d'ordonner une médiation forcée *in casu* n'est pas contraire au droit.

*Remarque:* le TF ne se prononce pas sur le point de savoir si l'art. 297 al. 2 CPC permet ou non d'imposer une médiation contrainte (sur cette question: *Ph. Meier, L'enfant et la nouvelle procédure civile, in 6<sup>ème</sup> Symposium de droit de la famille (P.Pichonnaz/Ch.Fountoulakis, éd.), Zurich 2012, avec de nombreuses références).*

#### **RJ 93-11**

#### ***Droit de garde et dépôt de passeport***

*Arrêt du TF 5A\_425/2011 du 8 août 2011 (d):*

**1.** Rappel des critères d'attribution du droit de garde en mesures protectrices de l'union conjugale. **2.** Il n'est pas arbitraire de considérer que le père n'a pas les capacités éducatives nécessaires pour avoir le droit de garde sur sa fille de 4 ans alors qu'il a été condamné plusieurs fois pour possession et usage de matériel pédophile ou zoophile et qu'il a de nouveau consommé de la pornographie infantine pendant le délai d'épreuve. **3.** Le parent attributaire du droit de garde peut en principe déplacer librement le domicile de l'enfant (ATF 136 III 353), malgré les difficultés d'intégration que cela peut occasionner. Il faut donc établir des circonstances particulières qui mettent en danger le bien de l'enfant pour que le dépôt de son passeport puisse être ordonné.

#### **RJ 94-11**

#### ***Modification d'un jugement de divorce – droit de visite (rappel des principes)***

*Arrêt du TF 5A\_101/2011 du 7 juin 2011 (f):*

**1.** Dans le cadre d'une modification des relations personnelles (art. 134 al. 4 CC), la procédure est de nature tutélaire, bien qu'elle porte matériellement sur la modification d'un jugement de divorce. Cette décision est sujette au recours en matière civile (art. 72 al. 2 let. b ch. 5 LTF). **2.** Les conditions de la modification

des relations personnelles instaurées dans un jugement de divorce sont définies par l'art. 273 CC pour le principe et l'art. 274 CC pour les limites (art. 134 al. 2 CC). L'action en modification ne doit pas aboutir à recommencer la procédure de divorce; il faut qu'un changement notable des circonstances soit intervenu (art. 134 al. 1 in fine CC), changement qui impose impérativement, pour le bien de l'enfant, une modification de la réglementation adoptée dans le jugement de divorce. **3.** Cependant, cela ne signifie pas que la modification de la réglementation du droit de visite soit soumise à des exigences particulièrement strictes. Il suffit que le pronostic du juge du divorce sur les effets des relations personnelles entre le parent auquel la garde n'a pas été confiée et l'enfant se révèle erroné et que le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant: le fait nouveau est important et suffisant pour modifier le jugement lorsqu'un tel changement apparaît comme nécessaire pour répondre au bien de l'enfant. **4.** Le droit aux relations personnelles est conçu à la fois comme un droit et un devoir des père et mère (art. 273 al. 2 CC), mais aussi comme un droit de la personnalité de l'enfant. Le critère déterminant pour l'octroi, le refus et la fixation des modalités du droit de visite est le bien de l'enfant, et non une éventuelle faute commise par le titulaire du droit. Le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité. **5.** L'appréciation des circonstances pour fixer le droit aux relations personnelles de l'art. 273 al. 1 CC, c'est-à-dire la détermination de leur portée juridique, est une question de droit. Le Tribunal fédéral s'impose toutefois une certaine retenue en la matière, le juge du fait disposant d'un pouvoir d'appréciation en vertu de l'art. 4 CC. Il n'intervient donc que si la décision a été prise sur la base de circonstances qui ne jouent aucun rôle selon l'esprit de la loi, ou si des aspects essentiels ont été ignorés. **6.** Le droit à des relations personnelles peut être refusé ou retiré pour les motifs prévus à l'art. 274 al. 2 CC. Il importe en outre que cette menace ne puisse être écartée par d'autres mesures appropriées. Cette règle découle du principe de la proportionnalité. Le retrait de tout droit à des relations personnelles constitue l'ultima ratio et ne peut être ordonné, dans l'intérêt de l'enfant, que si les effets négatifs des relations personnelles ne peuvent être maintenus dans des limites supportables pour l'enfant. Si, par contre, le préjudice engendré pour l'enfant par les relations personnelles peut être limité grâce à la présence d'un tiers (droit de visite surveillé), le droit de la personnalité du parent non détenteur de l'autorité parentale, le principe de la proportionnalité, mais également le sens et le but des relations personnelles, interdisent la suppression complète de ce droit. **7.** La curatelle de surveillance (art. 308 al. 2 CC) fait partie des modalités auxquelles peut être soumis le droit de visite. Le rôle du curateur est, dans ce cas, proche de celui d'un intermédiaire et d'un négociateur. Ce dernier n'a pas le pouvoir de décider lui-même de la réglementation du droit de visite, mais le juge peut lui confier le soin d'organiser les modalités pratiques de ce droit dans le cadre qu'il aura préalablement déterminé. **8.** En l'espèce, le juge du divorce avait ordonné le retrait du droit de visite en raison du désintéret du père envers sa fille. De ce fait, l'autorité cantonale était en droit de considérer que les démarches introduites par le père constituaient un fait

nouveau suffisant pour instaurer un droit de visite minimal, en vue de permettre à l'enfant de connaître son père. Si le père a manqué à ses devoirs en ne s'investissant pas dans l'éducation de sa fille, ce manquement ne doit pas conduire à priver définitivement cette enfant du contact avec son père, d'autant plus qu'il ne ressort pas du dossier que le contact avec son père soit préjudiciable à l'enfant. La curatelle de surveillance permet en outre que l'enfant et les parents soient entourés de professionnels pour que le droit de visite nouveau se passe dans de bonnes conditions. Enfin, l'exercice du droit au Point Rencontre permet de mettre à disposition une structure adéquate pour créer des liens.

*Remarque:* dans l'arrêt 5A\_432/2011 du 20 septembre 2011 (d), le TF rappelle que le droit à des relations personnelles protégé par l'art. 8 al. 1 CEDH n'est pas absolu et peut être limité aux conditions de l'art. 8 al. 2 CEDH. Ces dispositions sont concrétisées en droit suisse par l'art. 273 CC. Le TF examine librement la conformité de la décision à l'art. 8 CEDH, mais avec une certaine retenue pour des jugements fondés sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure. En l'espèce, le recours a été admis, car il n'était pas possible de déterminer les éléments qui avaient amené l'autorité inférieure à n'octroyer qu'un droit de visite limité à 1 jour par mois (accompagné, ce dernier point étant conforme à l'intérêt de l'enfant, vu le risque d'enlèvement) sur un enfant âgé d'une année (le même jugement cantonal portait par ailleurs atteinte au minimum vital du débiteur d'entretien, protégé selon les ATF 126 III 353 et 135 III 66).

### **RJ 95-11**

#### ***Application de la Convention de Luxembourg (1980)***

*Arrêt du TF 5A\_15/2011 du 20 juin 2011 (d):*

**1.** En vertu de l'art. 7 de la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (RS 0.211.230.01), les décisions relatives à la garde rendues dans un Etat contractant sont reconnues et, lorsqu'elles sont exécutoires dans l'Etat d'origine, elles sont mises à exécution dans tout autre Etat contractant. **2.** Toutefois, la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si, au moment de l'introduction de l'instance dans l'Etat d'origine, l'enfant avait la nationalité de l'Etat requis ou sa résidence habituelle dans cet Etat alors qu'aucun de ces liens de rattachement n'existait avec l'Etat d'origine (art. 10 ch. 1 let. c i). C'est là l'expression de la règle qui veut que les autorités de l'Etat de la résidence habituelle soient en principe les mieux à même de recueillir les preuves nécessaires et de se faire personnellement une idée de l'environnement de l'enfant. **3.** La décision d'attribution de l'autorité parentale prise par le tribunal macédonien du divorce (l'enfant ayant cependant toujours vécu en Suisse) ne peut pas être reconnue ici. La réglementation de l'entretien de l'enfant et celle d'un éventuel droit de visite suivent le même sort, car elles sont étroitement liées à la question des droits parentaux.

**RJ 96-11*****Audition de l'enfant, encore et toujours ...***

*Arrêt du TF 5A\_397/2011 du 14 juillet 2011 (d):*

**1.** Les règles développées pour l'art. 144 al. 2 aCC restent applicables dans le cadre de l'art. 298 CPC. C'est notamment le cas de l'égalité de principe entre l'audition personnelle par le juge (qui a l'avantage de l'immédiateté du contact) et l'audition par un tiers (lequel bénéficie en général d'une meilleure formation et de plus d'expérience). Il faut éviter quoi qu'il en soit des auditions répétées inutiles (ATF 133 III 553). **2.** En l'espèce, la fillette est soumise à un très fort conflit de loyauté; comme l'expertise sur laquelle le tribunal s'est fondé est récente (moins d'une année) et que l'enfant s'était à l'époque prononcée pour un partage «mathématique» de la garde, il est peu probable que le souhait qu'elle aurait récemment exprimé d'aller vivre avec sa mère relève d'une volonté propre correspondant à l'âge qui est le sien; le tribunal pouvait admettre sans arbitraire qu'une nouvelle audition ne modifierait pas sa décision.

*Remarque:* Le TF aurait pu selon nous se limiter à appliquer les critères de l'ATF 133 III 553. Renoncer à l'audition par «appréciation anticipée» de son effet sur la décision à venir nous paraît délicat, car cela fait fi de la composante «droit de la personnalité» de l'enfant que revêt le droit à l'audition, même si elle ne l'avait pas fait valoir elle-même ici (elle était âgée de 13 ans).

### *1.2.2 Entretien*

**RJ 97-11*****Poste «Pflege und Erziehung» des Tabellen de Zurich***

*Arrêt du TF 5A\_272/2011 du 7 septembre 2011 (d):*

Le poste «soins et éducation» des Tabellen de Zurich vise à chiffrer les prestations en nature du parent gardien et à éviter qu'un parent qui, à la fois, prend en charge l'enfant et exerce une activité lucrative soit grevé à double. Ce montant ne peut être intégré aux besoins de l'enfant que pour autant qu'il corresponde à des frais effectivement dépensés; sinon, ces frais doivent être intégrés aux besoins de la mère (cf. déjà RJ 58-11).

*Remarque:* ce long arrêt concerne essentiellement l'entretien post-divorce de l'épouse et la répartition de dettes entre époux, même si elle ne l'avait pas fait valoir elle-même ici (elle était âgée de 13 ans).

**RJ 98-11*****Modification de l'entretien – détermination du revenu hypothétique***

*Arrêt du TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 (f) (destiné à la publication):*

**1.** La modification de la contribution à l'entretien de l'enfant (art. 286 CC) suppose que des faits nouveaux importants et durables surviennent, qui commandent une réglementation différente. La procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles. Le moment déterminant pour apprécier si de telles circonstances se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification. **2.** La sur-

venance d'un fait nouveau – important et durable – n'entraîne pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution entre en considération (ATF 134 III 337). Le juge ne peut donc pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret. **3.** La naissance de deux enfants chez le débiteur d'entretien constitue un fait nouveau, qui, sauf situation financière favorable qui n'est pas réalisée ici, entraîne un déséquilibre entre les parents. La question du revenu hypothétique du débiteur doit être examinée dans le cadre du recalcul de l'entretien. **4.** La maxime inquisitoire ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses. Ce devoir s'impose d'autant plus lorsque c'est le débiteur qui entend obtenir une réduction de la contribution d'entretien qu'il doit verser. **5.** Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance: l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas de caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations. **6.** Le juge doit ainsi d'abord déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit là d'une question de fait. Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; «Das Lohnbuch» de Ph. Mülhauser). **7.** Le fait qu'un débirentier sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale (chômage) ou par l'aide sociale ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. En effet, le juge civil n'est pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives. En outre, les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales; en droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu et que l'on est en présence de situations financières modestes, le débirentier peut

se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles des assurances sociales. Le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension constitue tout au plus un indice permettant de retenir, en fait, qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se trouver sans revenus et, partant, qu'elle a fait des recherches pour retrouver un emploi. **8.** En l'espèce, la Cour cantonale n'a pas examiné si l'intimé peut effectivement trouver un emploi sur le marché actuel du travail, notamment au vu du fait qu'il n'a plus exercé d'activité lucrative depuis 2008, et alors même que l'assurance-chômage ou le service social n'ont pas sanctionné un manque d'efforts de sa part. De plus, elle a calculé arbitrairement le revenu hypothétique, en faisant une moyenne mensuelle des salaires que le débirentier a gagnés depuis 1989 et des indemnités de chômage perçues depuis 2002. Or, le débirentier a obtenu ces salaires en accomplissant des activités à temps partiel, de plus à des taux différents: la cour cantonale ne pouvait pas simplement les additionner pour établir une moyenne, ces données n'étant pas comparables. Pour la même raison, il est aussi arbitraire de prendre en considération les indemnités de chômage pour estimer le revenu hypothétique de l'intimé. Ces indemnités représentent, en règle générale, le 80% du gain assuré. Elles sont donc de toute façon trop basses pour servir de base à l'estimation du revenu hypothétique. Par ailleurs, pour fixer les revenus de l'intimé, la cour cantonale s'est fondée sur une période allant de 1989 à 2008. Elle pouvait certes estimer le revenu hypothétique en fonction des revenus antérieurs du débirentier, si elle estimait que ceux-ci avaient été réalisés dans une profession correspondant à sa formation. Cependant, la cour cantonale n'a pas indexé ces revenus au coût de la vie et à l'augmentation de salaire pour établir la rémunération à laquelle le débirentier pourrait prétendre depuis 2010.

### ***RJ 99-11***

#### ***Revenu hypothétique: rappel des principes / fixation de l'entretien pour la période post-majorité***

*Arrêt du TF 5A\_18/2011 du 1<sup>er</sup> juin 2011 (f):*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative au revenu hypothétique (cf. RJ 98-11).  
**2.** Le TF revoit librement la question de savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne une augmentation de son revenu. Il s'impose toutefois une certaine retenue en la matière, car l'autorité cantonale dispose d'un pouvoir d'appréciation en vertu de l'art. 4 CC; il n'intervient donc que si celle-ci s'est écartée des principes consacrés par la jurisprudence et la doctrine, ou si la décision a été prise sur la base de circonstances qui ne jouent aucun rôle selon l'esprit de la loi: tel est le cas si le juge écarte, sans aucun motif, des critères essentiels pour la décision ou si, à l'inverse, il se fonde sur des éléments dépourvus d'importance. Le TF sanctionne en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante. **3.** Lorsque le parent agit dans le cadre d'un procès en divorce, la capacité de faire valoir les droits de l'enfant, qui lui est conférée par la loi, vaut non seulement pour la période couvrant la minorité de

l'enfant mais aussi pour celle allant au-delà de l'accès à la majorité. La fixation d'une contribution d'entretien pour une période allant au-delà de l'accès à la majorité doit se faire selon les critères de l'art. 277 al. 2 CC et présuppose, en théorie, que des éléments suffisamment crédibles quant à la nature et à la durée de la formation appropriée en cours ou envisagée aient été établis. **4.** Cela étant, afin d'éviter à l'enfant le fardeau psychologique que représente une action en justice contre un parent, il y a lieu de favoriser la fixation de la contribution au-delà de la majorité avant l'accès à celle-ci et de renvoyer, si besoin est, le parent débiteur à agir par la voie de l'action en modification, une fois l'enfant devenu majeur. De toute manière, la fixation de la contribution à l'entretien post-majorité ne saurait être subordonnée à un examen précis des conditions de l'art. 277 al. 2 CC, puisque les circonstances personnelles, telles que le refus de l'enfant d'entretenir des relations avec son parent, ne peuvent que difficilement faire l'objet d'un pronostic et doivent en réalité être examinées au moment de l'accès à la majorité. Une autre interprétation priverait l'art. 133 al. 1 2<sup>ème</sup> phr. CC de toute application, hormis les cas dans lesquels l'accession à la majorité est toute proche du prononcé du divorce. **5.** *In casu*, la fixation de l'entretien post-majorité d'enfants âgés de 15 ans et qui suivent des études au cycle d'orientation est admissible, même si l'arrêt cantonal ne contient aucune constatation quant aux formations envisagées et à leur durée. La formulation conditionnelle de l'obligation (suivi d'études régulières avec sérieux) permet aux enfants de ne pas être contraints d'agir en justice contre leur père si leurs formations respectives ne sont pas achevées à leur majorité; l'opportunité d'agir en modification du jugement est réservée au père, s'il estime que les conditions de l'art. 277 al. 2 CC ne sont pas remplies.

### **RJ 100-11**

#### ***Qualité pour recourir d'enfants devenus majeurs et réduction des contributions***

*Arrêt du TF 5A\_898/2010 du 3 juin 2011 (f):*

**1.** Les enfants devenus majeurs en cours de procédure de modification du jugement de divorce ont un intérêt au recours, au sens de l'art. 76 al. 1 let. b LTF, en tout cas pour les contributions d'entretien réclamées pour la période postérieure à leur minorité. En effet, ces montants sont à verser directement en leurs mains et le jugement les fixant leur est directement opposable. S'agissant de leur participation à la procédure antérieure, bien qu'ils n'aient pas formellement présenté de conclusions durant la procédure cantonale, les enfants ont adhéré à celles prises en leur faveur par leur mère. Cela suffit pour admettre qu'ils ont pris part à la procédure, au sens de l'art. 76 al. 1 let. a LTF. Il ne se justifie pas d'exclure la qualité pour recourir de l'enfant devenu majeur au motif que le détenteur de l'autorité parentale conserverait encore cette faculté. **2.** L'indemnité touchée par un employé pour combler une perte future de prévoyance entraînée par la résiliation de son contrat de travail a un but de prévoyance ; elle ne compense pas une perte de salaire et ne doit pas être prise en compte dans les revenus servant au calcul de la contribution d'entretien. **3.** Le TF laisse ouverte la question de savoir si le taux de rendement de la fortune de 3% retenu dans certains arrêts,

jugé clairement excessif par une partie de la doctrine, doit être revu. **4.** L'interdiction de la reformatio in pejus n'est pas applicable lorsque le procès est régi par la maxime d'office. Lorsque les conclusions ne précisent pas la date à partir de laquelle les contributions sont réclamées, il n'est pas arbitraire de retenir qu'elles le sont dès le dépôt de la requête; à l'inverse, une demande reconventionnelle en réduction des contributions peut prendre effet dès le changement de situation du débiteur (ici postérieur au dépôt de ses conclusions).

### **RJ 101-11**

#### ***Entretien des enfants majeurs – compétence matérielle***

*Arrêt du TF 5A\_785/2010 du 30 juin 2011 (f):*

**1.** Le juge matrimonial est compétent *ratione materiae* en matière de modification litigieuse des contributions d'entretien fixées dans un jugement de divorce (art. 134 al. 3 2<sup>ème</sup> phr. CC). Il s'ensuit que l'autorité tutélaire de surveillance n'était pas compétente pour trancher le litige. **2.** Cela ne signifie toutefois pas que la nullité de l'arrêt attaqué doit être constatée d'office: lorsque la loi ne consacre pas expressément la nullité d'un acte violant une disposition légale, cette conséquence juridique ne doit être admise que si elle résulte du sens et du but de la disposition en cause (par ex. ATF 122 I 97). Hormis les cas expressément prévus par la loi, il n'y a donc lieu d'admettre la nullité qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire; entrent principalement en considération comme motifs de nullité de graves vices de procédure ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision (ATF 130 III 430). **3.** En l'espèce, on ne saurait parler d'in-compétence qualifiée de l'autorité tutélaire de surveillance, dès lors qu'elle assume la fonction d'autorité de dernière instance cantonale statuant sur recours, en vertu du droit cantonal. Dans ces circonstances, l'arrêt cantonal entrepris est seulement annulable. Or, les parties ont procédé sans remettre en cause la compétence *ratione materiae* des autorités tutélaires. **4.** S'agissant de l'entretien d'un enfant majeur n'ayant pas encore achevé sa formation, le parent ne peut en principe y être astreint que lorsque cette contribution n'entame pas son minimum vital élargi augmenté de 20% (ATF 127 I 202; ATF 118 II 97). La capacité con-tributive doit être appréciée en fonction des charges effectives du débirentier, étant précisé que seuls les montants réellement acquittés – exempts de toute majoration – peuvent être pris en considération. La majoration de 20% ne s'applique qu'à la seule base mensuelle, et non aux autres postes du minimum vital. **5.** Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il fixe la con-tribution d'entretien (art. 4 CC).

#### *1.2.3 Autres effets*

### **RJ 102-11**

#### ***Prélèvement sur les biens de l'enfant***

*Arrêt du TF 5A\_149/2011 du 6 juillet 2011 (f):*

**1.** Pour l'entretien de l'enfant, les père et mère peuvent utiliser les revenus de ses biens (art. 319 al. 1 CC). Autant que les besoins courants l'exigent, ils peuvent

également utiliser les versements en capital, dommages-intérêts et autres prestations semblables (art. 320 al. 1 CC). Ces biens utilisables correspondent aux «autres ressources» mentionnées à l'art. 276 al. 3 CC, soit celles qui ont pour fonction spécifique de remplacer l'entretien, dont font partie par exemple une rente d'orphelin ou des allocations familiales. Si ces «autres ressources» ou les biens libérés de l'enfant (art. 321 à 323 CC) satisfont entièrement aux besoins de ce dernier, les père et mère sont déliés de leur obligation d'entretien. **2.** En revanche, les père et mère ne peuvent en principe pas se servir de la substance de la fortune appartenant à l'enfant, autre que celle constituée des biens mentionnés à l'art. 320 al. 1 CC (intangibilité des biens de l'enfant). En ce sens, l'administration du patrimoine de l'enfant est purement conservatoire. **3.** L'art. 320 al. 2 CC apporte une exception à cette règle: lorsque cela est nécessaire pour subvenir à l'entretien, à l'éducation ou à la formation de l'enfant, l'autorité tutélaire peut permettre aux père et mère de prélever sur les autres biens de l'enfant la contribution qu'elle fixera. Les conditions sont, d'une part, la nécessité du prélèvement et, d'autre part, l'affectation de ce dernier à l'entretien, l'éducation ou la formation de l'enfant. **4.** Le terme de « nécessité » se définit en fonction de l'obligation des père et mère de subvenir par leurs propres ressources aux besoins de leur enfant (art. 276 al. 1 CC), le propre devoir de l'enfant d'assumer son entretien étant subsidiaire. En ce sens, l'utilisation des autres biens mentionnés à l'art. 320 al. 2 CC, même dans l'intérêt direct de l'enfant, revêt un caractère exceptionnel. Elle implique que les père et mère n'aient pas les facultés suffisantes pour couvrir le coût de l'entretien de l'enfant, en totalité ou en partie. En outre, les ressources propres de l'enfant, au sens de l'art. 323 al. 1 CC, ainsi que les biens spécifiquement destinés, de par leur nature, à servir à son entretien, au sens de l'art. 320 al. 1 CC, doivent avoir été épuisés. Si les conditions de l'art. 320 al. 2 CC sont remplies, l'autorité doit autoriser le prélèvement et en fixer le montant, la fréquence ainsi que le but. **5.** En l'espèce, le père, seul titulaire de l'autorité parentale depuis le décès de la mère non mariée, requiert une autorisation générale de prélever un montant annuel de CHF 15000 sur les biens de son fils (héritage) pour des dépenses extraordinaires, futures et hypothétiques. Cette situation ne remplit pas la condition de nécessité de l'art. 320 al. 2 CC. Cette norme suppose, pour une dépense extraordinaire, un besoin actuel et concret que le débiteur d'entretien ne peut pas prendre en charge faute de ressources propres suffisantes.

### 1.3 Mesures de protection

#### **RJ 103-11**

#### ***Audition et limitation du droit de visite en procédure de protection de l'enfant***

*Arrêt du TF 5A\_299/2011 du 8 août 2011 (d):*

**1.** Décision préjudicielle ordonnant un droit de visite non accompagné pendant la durée de la procédure. L'enfant avait été entendu dans le cadre de l'expertise. Cette audition ne dispense pas automatiquement l'autorité d'entendre elle-même l'enfant (RJ 15-06), mais cette audition (art. 314 ch. 1 CC) peut encore intervenir avant le prononcé de la décision sur le fond. Le recours est donc

prématuré. **2.** L'autorité cantonale pouvait retenir sans arbitraire, en fonction de l'expérience générale de la vie, que des actes de maltraitance du père à l'égard de son fils n'étaient pas à craindre pendant que l'expertise pédo-psychiatrique était en cours. Faute de menace pour le développement de l'enfant en vertu de l'art. 307 CC, une restriction audit droit de visite ne s'imposait pas.

### **RJ 104-11**

#### **Changement d'école**

*Arrêt du TF 5A\_467/2011 du 3 août 2011 (f):*

**1.** Mesures de protection requises visant à empêcher la mère de changer les enfants d'école, le nouveau lieu de scolarisation étant plus éloigné du domicile du père que l'ancien. **2.** La scolarisation de l'enfant découle inévitablement de l'autorité parentale et du droit de garde attribués à la mère au moment du divorce. **3.** Rappel des conditions de l'audition de l'enfant (art. 314 ch. 1 CC). En l'espèce, les enfants avaient été entendus à plusieurs reprises durant la procédure de divorce, le changement d'école avait déjà été envisagé et aucun élément nouveau n'était survenu depuis (ATF 133 III 553).

### **RJ 105-11?**

#### **Effet suspensif en mesures provisionnelles ou protectrices sur le sort des enfants**

*Arrêt du TF 5A\_478/2011 du 30 septembre 2011 (f) (destiné à la publication):*

**1.** L'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles (art. 315 al. 4 let. b CPC). L'exécution des mesures provisionnelles peut toutefois exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (al. 5). Les mesures protectrices de l'union conjugale (comme les mesures rendues dans une procédure de divorce) constituent de telles mesures provisionnelles. **2.** Saisie d'une demande d'effet suspensif, l'autorité de recours doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels; elle dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas. **3.** En l'espèce, la décision cantonale de maintenir, à titre provisoire, le régime prévalant depuis plus d'un an en ce qui concerne la garde et le droit de visite sur les enfants (plutôt que de laisser la garde alternée imposée par le premier juge s'appliquer) n'est pas insoutenable. D'une part, on ne saurait conclure sans autre au défaut de chances de succès de l'appel de l'intimée, l'application de la jurisprudence européenne retenue par le premier juge n'ayant à ce jour pas été admise dans le cas de l'art. 133 CC. D'autre part, le recourant se contente d'opposer sa propre pesée des intérêts en présence à celle de l'autorité cantonale. Ces critiques ne parviennent cependant pas à faire apparaître la décision arbitraire.

*Remarque:* l'arrêt européen évoqué est l'arrêt Zaunegger c. Allemagne du 3 décembre 2009 (cf. aussi RJ 92-11). Nous ne voyons pas en quoi il pourrait comme tel permettre d'imposer une garde alternée contre la volonté d'un parent: il porte en effet à notre avis sur l'autorité parentale, et non sur la garde effective. Cela dit, il est vrai que cet arrêt relativise la portée de l'opposition d'un parent et rappelle que toute décision doit ce prendre à l'aune du bien de l'enfant avant tout.

**RJ 106-11*****Pas de perpetuatio fori selon la Convention de 1996 sur la protection des mineurs***

*Arrêt du TF 5A\_622/2010 du 27 juin 2011 (d):*

L'art. 5 al. 2 de la Convention de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH 96, RS 0.211.231.011) prévoit expressément ce que la jurisprudence avait déjà déduit précédemment pour la Convention de 1961: sous réserve de situations spéciales (transfert d'une procédure, procédure de divorce, art. 8 et 10 de la Convention), il n'existe pas de *perpetuatio fori*; les autorités de la nouvelle résidence habituelle sont immédiatement compétentes à raison du lieu.

**2. Protection de l'adulte****RJ 107-11*****Mandat d'avocat confié par un interdit – capacité de discernement?***

*Arrêt du TF 5A\_194/2011 du 30 mai 2011 (d):*

**1.** Avocat mandaté par une personne interdite selon l'art. 369 CC (trisomie 21 et polyarthrite juvénile invalidante chronique) pour demander la levée ou la modification de la mesure. **2.** Celui qui est privé du discernement n'a pas l'exercice des droits civils, ni la capacité d'ester en justice. On doit cependant lui reconnaître la capacité de poursuivre la procédure (y compris de faire recours contre les décisions des autorités inférieures) tant que la question du discernement n'a pas été définitivement réglée, faute de quoi il ne pourrait pas s'opposer aux décisions lui déniaient cette capacité. **3.** L'avocat mandaté par la personne dont la capacité de discernement est mise en doute n'a pas le droit de consulter le dossier tutélaire complet tant et aussi longtemps que la validité de son mandat n'a pas été confirmée; il ne doit avoir accès qu'aux pièces qui sont en lien avec la question litigieuse. **4.** L'interdit capable de discernement peut exercer seul ses droits strictement personnels (art. 19 al. 2 CC), parmi lesquels figurent les recours en matière tutélaire ainsi que les requêtes de levée des mesures tutélaires. Dans ce cadre, il est autorisé à conclure un mandat et à donner une procuration à un mandataire de son choix. Les exigences posées à la capacité de discernement sont peu élevées dans un tel cas: il suffit que l'intéressé se fasse une idée rudimentaire de ce que signifie la tutelle et puisse se former la volonté (même si elle se fonde sur des motifs erronés) de ne plus avoir de tuteur ou de modifier la mesure d'une autre manière. **5.** En l'espèce, le rapport d'expertise du médecin régional, qui niait le discernement et avait relevé des déficiences mentales considérables, a été jugé insuffisant par le Tribunal fédéral, car trop général et ne permettant pas de déterminer l'existence ou non du discernement par rapport à l'acte juridique concret envisagé. **6.** On se gardera par ailleurs de confondre la question de la capacité requise pour demander une modification de la mesure (même si cette demande paraît déraisonnable) et les chances de succès de la démarche sur le fond: ce second point ne doit pas influencer le premier.

**RJ 108-11*****Interdiction selon l'art. 369 CC / vœu de l'incapable quant à la personne du tuteur***

*Arrêt du TF 5A\_17/2011 du 20 juillet 2011 (f):*

**1.** Confirmation de la jurisprudence résumée sous RJ 107-11 s'agissant de la qualité pour recourir du pupille capable de discernement et de sa capacité à désigner un mandataire privé. **2.** Rappel de la jurisprudence relative à l'art. 369 CC; la détermination de l'état pathologique de l'individu et de ses répercussions sur sa capacité de réfléchir, de vouloir et d'agir relève du fait; le point de savoir si l'état mental constaté médicalement constitue une maladie mentale ou une faiblesse d'esprit ou si ses effets engendrent un besoin de protection, sont des questions de droit que le TF revoit librement, mais, s'agissant du besoin de protection, en s'imposant une certaine réserve compte tenu du pouvoir d'appréciation laissé à l'autorité cantonale. **3.** Conditions de l'art. 369 CC réunies en l'espèce. **4.** Rappel du principe de proportionnalité. Seul le tuteur a les moyens de mettre en œuvre une protection étendue; la curatelle ne suffit pas lorsque la personne a besoin d'une surveillance et d'une aide personnelles durables. Vu l'état de santé du recourant et la nécessité de lui imposer, dans son propre intérêt, des actes de gestion ainsi qu'un autre mode de vie, une mesure moins contraignante comme la curatelle, «centrée sur la gestion et la protection de ses biens matériels», serait insuffisante et inefficace. **5.** Le vœu de l'incapable quant à la personne du mandataire (art. 381 CC) n'est pas contraignant pour l'autorité; celle-ci ne peut cependant s'écarter de la proposition que s'il existe de justes motifs s'opposant à cette désignation. L'autorité doit alors motiver sa décision. **6.** Selon la jurisprudence (RJ 33-09), la procédure d'opposition de l'art. 388 al. 2 CC est une disposition particulière du droit de la tutelle, indépendante de la procédure de désignation d'un tuteur prévue aux art. 380/381 CC, l'art. 381 CC ayant été introduit exclusivement dans l'intérêt public. **7.** En l'espèce, l'autorité n'a pas motivé sa décision de rejet de la personne proposée par le pupille, ce qui conduit à l'annulation de l'arrêt cantonal sur ce point, quand bien même le pupille ne s'était pas opposé à cette désignation dans le délai de 10 jours de l'art. 388 al. 2 CC (cette disposition ne conférant de toute façon pas la qualité pour recourir contre une violation de l'art. 381 CC). **8.** Le participant à la procédure qui se détermine sur le recours par le biais de son tuteur avocat n'a pas droit à des dépens.

*Remarque:* sur le premier point, le TF semble mettre un accent inhabituel sur le caractère en principe passager de la protection apportée par une curatelle et sur l'incapacité de cette mesure à répondre à un besoin de protection personnelle durable. C'est selon nous bien plus la volonté de coopération de la personne qui amène à choisir entre l'interdiction ou la curatelle. Cet arrêt paraît inverser les priorités. Sur le second point, on rappellera que la doctrine (*BK-Schnyder/Murer*, art. 388 N 70; *BSK/Breitschmid*, art. 388–391 N 1 et 3) admet pour sa part un intérêt juridiquement protégé de l'incapable à pouvoir s'opposer à la décision de l'autorité qui ne donne pas suite à son vœu. L'arrêt cité par le TF (5A\_443/2008, cons. 2.2) semble aller dans le même sens.

**RJ 109-11*****Conflit d'intérêt du tuteur (convention d'indemnisation avec une assurance)***

*Arrêt du TF 9C\_114/2011 du 7 juillet 2011 (d):*

**1.** Convention d'indemnisation (RC) prévoyant un montant de CHF 200 000 en faveur d'une personne sous tutelle; la convention est également signée par des membres de sa famille, dont son frère, qui est par ailleurs son tuteur. **2.** Répartition interne de la somme perçue par CHF 50 000 en faveur de l'intéressé (victime) et CHF 150 000 en faveur des autres signataires (qui n'avaient pourtant aucune prétention à l'endroit de l'assurance!). **3.** Le tuteur, frère du pupille, qui bénéficie de cette répartition, se trouve dans un conflit d'intérêts manifeste, justifiant l'institution d'une curatelle fondée sur l'art. 392 ch. 2 CC. A défaut, la convention de répartition est viciée. **4.** Elle ne peut par conséquent pas être prise en considération dans le calcul de la fortune du pupille en relation avec l'octroi de prestations complémentaires AVS/AI et la somme totale doit être imputée à l'intéressé.

**RJ 110-11*****Compétence matérielle pour statuer sur la responsabilité des organes de tutelle***

*Arrêt du TF 5D\_120/2010 du 30 août 2011 (f):*

**1.** Les art. 426 ss CC prévoient une responsabilité primaire des organes de tutelle et subsidiaire de la collectivité publique. Il est loisible au législateur cantonal de prévoir une responsabilité du canton plus étendue (cf. art. 427 al. 2 CC). **2.** En ce qui concerne la compétence et la procédure de ces actions, le droit fédéral impose uniquement qu'elles soient soumises à un juge qui remplit les conditions d'indépendance et d'impartialité déduites de l'art. 6 CEDH (cf. art. 430 al. 1 CC); pour le surplus, la compétence et la procédure relèvent du droit de procédure cantonal. **3.** Le canton de Neuchâtel a institué une responsabilité concurrente de la collectivité publique et de ses agents, et a soumis l'action dirigée contre la collectivité publique au Tribunal administratif. **4.** Ces dispositions sont conformes au droit fédéral. Le recourant ne conteste au demeurant pas que le Tribunal administratif remplisse les conditions d'indépendance et d'impartialité qui découlent de l'art. 6 CEDH.

**RJ 111-11*****Résiliation du bail d'un interdit selon l'art. 257f CO***

*Arrêt du TF 4A\_263/2011 du 20 septembre 2011 (f):*

**1.** Résiliation selon l'art. 257f CO du bail d'un locataire interdit, après de nombreuses plaintes des autres locataires de l'immeuble dénonçant ses crises de folie (coups dans les murs et plafonds), des odeurs insupportable, des promenades en état d'ivresse dans le parc, des comportements agressifs envers femmes et enfants et des déambulations en slip dans l'entrée de l'immeuble. **2.** L'interdit conteste la résiliation au motif que son comportement n'est pas fautif. Or l'art. 257f al. 3 CO ne subordonne pas la résiliation anticipée du bail à l'existence d'une faute du locataire; il requiert tout au plus un comportement contrevenant aux égards dus aux autres locataires. La résiliation anticipée est destinée à rétablir

une situation normale dans l'immeuble et à ménager les intérêts des autres locataires et des voisins, auxquels le bailleur doit veiller. **3.** A supposer qu'un locataire soit privé de discernement en raison d'une maladie psychique et ne soit pas en mesure de contrôler son comportement, cet état ne saurait priver le bailleur de la faculté de résilier le bail de façon anticipée, mais poserait tout au plus la question de la nécessité d'un avertissement, requis en principe par l'art. 257f al. 3 CO, sans être pour autant une condition absolue à la résiliation. **4.** Un changement d'attitude après la résiliation reste en principe sans effet pour juger du bien-fondé du congé. De toute manière, on ne saurait imposer au bailleur de maintenir un bail devenu insupportable pour les autres habitants afin de permettre au locataire de suivre un traitement susceptible d'améliorer sa condition. **5.** Le contrat a été conclu avec le tuteur de l'intéressé. Il n'est donc pas établi que le bailleur aurait eu connaissance de ses problèmes comportementaux et qu'il adopterait une attitude contraire à la bonne foi en lui reprochant un état de choses qu'il aurait initialement accepté.

### **RJ 112-11**

#### **PLAFA et prison**

*Arrêt du TF 5A\_411/2011 du 6 juillet 2011 (d):*

**1.** Personne violente qui a menacé le personnel de la clinique avec un couteau et commis des déprédations ; isolement nécessaire, exécuté dans un établissement pénitentiaire régional, faute d'autre place disponible. **2.** Rappel de la jurisprudence du TF relative à la PLAFA en prison (ATF 112 II 486; ATF 114 II 213; RJ 28-08). Une personne ne saurait être retenue plus de deux ou trois semaines dans un établissement non approprié. **3.** Cette jurisprudence n'est toutefois pas applicable en l'espèce, car l'intéressé a lui-même empêché sa prise en charge dans un autre établissement plus approprié de par son comportement violent et son obstruction. **4.** La recherche d'une autre institution doit néanmoins se poursuivre en parallèle et une prise en charge sociale et une thérapie par le travail, ainsi qu'un traitement minimum doivent être fournis à l'intéressé pendant son séjour transitoire en prison.

*Remarque: L'Arrêt du TF 5A\_515/2011 du 24 août 2011 (d) traite de la même problématique. Lorsqu'elle maintient une personne dans un établissement pénitentiaire faute d'autre solution mais ordonne l'élaboration d'un plan de traitement, un traitement psychiatrique et une réhabilitation médico-sociale (plan d'occupation), l'autorité cantonale doit fixer un délai pour que ces conditions soient réalisées. Comme cela n'a pas été fait, le TF ordonne à l'autorité cantonale de procéder à une telle vérification dans les 5 jours; si elle est positive, l'intéressé peut être maintenu encore un mois dans l'institution pénitentiaire avant son transfert dans une institution appropriée; si tel n'est pas le cas, il doit être immédiatement libéré. Par ailleurs, dans son Arrêt 5A\_398/2011 du 5 juillet 2011 (d), le TF a reconnu un besoin d'assistance à une personne déjà hospitalisée 33 fois pour troubles psychiatriques (érotomanie: son unique but est d'épouser celui à qui elle serait fiancée depuis 1965 et qu'elle aurait vu pour la dernière fois en 1979 ...), en relevant que l'intervalle entre les différents internements était de*

plus en plus bref («Drehtür-Mechanismus»). Faute de proches, vivant isolée et ne pouvant bénéficier de manière suffisamment certaine d'un encadrement professionnel hors institution, elle doit être maintenue en établissement pour recevoir cette assistance, malgré la récente amélioration de son état. Dans l'*Arrêt 5A\_451/2011 du 25 juillet 2011 (d)*, le TF a jugé que l'assistance dont avait besoin une personne souffrant d'une schizophrénie chronique et de troubles de l'hémostasie qui peuvent mettre sa vie en danger ne pouvait lui être fournie par une prise en charge chez sa mère: l'absorption des médicaments nécessaires n'est pas suffisamment garantie, malgré l'assistance de sa mère, du médecin de famille et de Spitex.

### **C. Autres domaines apparentés**

#### ***RJ 113-11***

***Violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP) – montants versés en trop***  
*Arrêt du TF 6B\_72/2011 du 19 juillet 2011 (d):*

**1.** Application de l'art. 87 CO: lorsqu'il n'existe pas de déclaration valable, ou que la quittance ne porte aucune imputation, le paiement s'impute sur la dette exigible; si plusieurs dettes sont exigibles, sur celle qui a donné lieu aux premières poursuites contre le débiteur; s'il n'y a pas eu de poursuites, sur la dette échue la première. Si plusieurs dettes sont échues en même temps, l'imputation se fait proportionnellement. Si aucune des dettes n'est échue, l'imputation se fait sur celle qui présente le moins de garanties pour le créancier. **2.** Les paiements dépassant le montant dû selon le jugement de divorce devaient être à chaque fois imputés sur les dettes d'entretien prochainement exigibles. Ils ne suffisaient en l'espèce pas à compenser le retard du débiteur dans l'exécution de son obligation (il payait, mais toujours avec retard sur l'échéance). **3.** Il n'appartient pas au juge pénal de prendre en compte le fait que les contributions payées étaient trop élevées (elles avaient en effet été indexées alors que le revenu du débiteur ne l'était pas): la question d'une éventuelle modification du jugement de divorce ou d'une restitution du trop-payé est du ressort du juge civil.

#### ***RJ 114-11***

***Droit au regroupement familial pour le titulaire d'une autorisation de séjour***  
*Arrêt du TF 2C\_711/2010 du 1<sup>er</sup> avril 2011 (destiné à publication) (d):*

**1.** Rappel de la jurisprudence (par ex. ATF 136 II 78 et ATF 136 II 497) sur l'application des art. 42 et 43 LEtr (RS 142.20) et l'examen de l'opportunité du regroupement avec un enfant ayant jusque-là vécu à l'étranger, à l'aune du bien de celui-ci. **2.** L'art. 44 LEtr ne confère pas un droit au regroupement à l'étranger titulaire d'une simple autorisation de séjour. En revanche, le TF déduit un tel droit de l'art. 8 CEDH et de l'art. 13 Cst. féd. aux conditions suivantes: ménage commun, logement approprié, pas de dépendance de l'aide sociale, respect des délais de l'art. 47 al. 1 et 3 LEtr (dans les 5 ans pour les enfants de moins de 12 ans, dans les 12 mois pour les autres), regroupement pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant (examen des relations avec le parent qui réside en Suisse, possibilités de prise en charge dans notre pays), absence d'abus de droit.

*Remarque:* pour un autre arrêt, rendu en application de l'art. 43 LETr, dans lequel il a été constaté que la mère n'avait pas établi que sa fille était légitimée, sous l'angle du droit civil, à vivre avec elle en Suisse: *Arrêt du TF 2C\_132/2011 du 28 juillet 2011 (f)*. La déclaration notariée du père, titulaire exclusif du droit de garde, par laquelle il transférait ses pouvoirs de droit civil à la mère, n'était pas suffisante. Sur la question du calcul des délais de l'art. 47 LETr dans les situations de droit transitoire (cf. art. 126 al. 3 LETr): *Arrêt du TF 2C\_205/2011 du 3 octobre 2011 (d)*.

### **RJ 115-11**

#### ***Bonifications AVS pour tâches éducatives***

##### ***Arrêt du TF 9C\_172/2011 du 22 août 2011 (f):***

En l'absence de mariage (ici le mariage coutumier de droit étranger n'avait pas été reconnu en Suisse, art. 45 LDIP, et les parents n'avaient pas conclu de mariage civil), le fait que les enfants aient grandi également sous la garde du père, et que la mère, titulaire de l'autorité parentale, en ait, de fait, partagé l'exercice avec le père ne suffit pas à justifier l'attribution de bonifications pour tâches éducatives au père: la conception légale en la matière se fonde sur l'exigence formelle de l'autorité parentale telle que définie par le droit civil suisse (ATF 130 V 241).

### **RJ 116-11**

#### ***Frais d'assistance avancés par le canton de séjour – décès de l'assisté***

##### ***Arrêt du TF 8C\_209/2011 du 30 septembre 2011 (f):***

**1.** Les frais d'un transport en ambulance résultant d'une aide immédiate fournie dans le canton de séjour à une personne dans le besoin peuvent en principe faire l'objet d'une obligation de remboursement par le canton de domicile, selon l'art. 14 al. 1 de la Loi fédérale en matière d'assistance (LAS, RS 851.1). Le canton de domicile ne peut refuser de participer à une prestation que lorsque le canton qui a accordé l'assistance a violé ses propres prescriptions dans l'appréciation du besoin, et non celles du canton de domicile justement (ATF 137 V 143). **2.** Le décès survenu avant la notification de la prétention du canton de séjour au canton de domicile ne change rien à cette obligation de remboursement. **3.** Il n'est par ailleurs pas nécessaire que le canton de séjour ait déjà payé au prestataire les frais réclamés au canton de domicile.

### **RJ 117-11**

#### ***Rapport entre l'aide sociale et la dette alimentaire***

##### ***Arrêt du TF 8C\_254/2011 du 7 juillet 2011 (d):***

**1.** Le droit cantonal est habilité à prévoir les conditions de la restitution de prestations sociales par leur bénéficiaire ou par ses héritiers. Une telle réglementation ne viole pas la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst. féd.). Les art. 328/329 CC s'appliquent uniquement lorsque la collectivité publique est intervenue en lieu et place des parents et exerce contre eux un droit récursoire fondé sur le Code civil. **2.** Examen des conditions d'application des art. 42 al. 2, 43 et 45 de la loi sur l'aide sociale bernoise (LASoc): restitution des prestations touchées par une bénéficiaire ayant hérité, puis étant elle-même décédée.