

Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) novembre 2012 à février 2013¹

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 CEDH²

RJ 1-13

Dérogations au délai d'action en paternité

Arrêt de la CourEDH Laakso c. Finlande du 15 janvier 2013:

1. Confirmation des arrêts *Grönmark c. Finlande* (RJ 93-10), *Shofman c. Russie* (RJ 1-06) et *Mizzi c. Malte* (RJ 1-06). Le droit national, s'il peut instituer des délais fixes pour agir en paternité, doit permettre de prendre en compte l'intérêt vital de la personne concernée à établir son identité personnelle. Lorsque les faits fondant le droit d'agir ne sont connus qu'après l'expiration du délai, les autorités doivent envisager des moyens de le restituer à l'intéressé. **2.** En l'espèce, le père biologique de l'intéressé, né hors mariage, avait été condamné à contribuer à l'entretien de son fils; il lui avait également confirmé être son père. En 1999, au décès de ce père biologique, le requérant découvrit que la paternité n'avait jamais été légalement établie. Or le droit transitoire de la nouvelle législation sur la filiation de 1976 avait fixé aux enfants nés sous l'ancien droit un délai non prorogeable de cinq ans pour agir en paternité. **3.** La rigidité d'un tel délai est constitutive d'une violation de l'art. 8 CEDH, car l'intéressé n'avait pas eu la possibilité – eu égard à sa mauvaise perception de la réalité juridique – d'agir avant le décès de son père biologique.

Remarque: L'omission apparemment fautive du requérant a conduit à deux opinions dissidentes. La condamnation paraît en effet sévère au vu des circonstances concrètes du cas, dans lesquelles l'intéressé aurait pu aisément clarifier la situation juridique. Il ne pouvait de surcroît pas véritablement invoquer un droit à

¹ Cette 28^{ème} édition du Résumé de jurisprudence couvre en principe les arrêts rendus ou/et publiés de novembre 2012 à février 2013. 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, 288 et 471, RMA 2012 100, 290 et 457. L'arrêt résumé au RJ 96-12 est publié aux ATF 138 III 537, l'arrêt RJ 100-12 aux ATF 138 III 565, l'arrêt RJ 106-12 aux ATF 138 III 583 et l'arrêt RJ 126-12 aux ATF 138 III 593. L'arrêt 8C_44/2012 mentionné sous RJ 131-12 est publié aux ATF 138 I 265. La lettre après la référence de l'arrêt fédéral (d/f/i) indique la langue de celui-ci.

² Arrêts CEDH consultables en ligne à l'adresse 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.

connaître ses origines, puisque celles-ci ne faisaient aucun doute (l'action poursuivait un objectif successoral!). En Suisse, une restitution du délai de l'action en paternité est prévue à l'art. 263 al. 3 CC. Toutefois, la situation de droit transitoire en 1978 (art. 13a Tit. fin. CC) pour les paternités alimentaires de l'ancien droit était très semblable à celle du droit finlandais, voire plus rigoureuse encore (le délai d'action étant de deux ans dès l'entrée en vigueur et l'enfant devant être à ce moment-là âgé de moins de 10 ans). Pour une autre décision sur cette même problématique: *Arrêt de la CourEDH Rôman c. Finlande du 29 janvier 2013*.

RJ 2-13

Suite de l'arrêt Pascaud du 16 juin 2011 (RJ 39-11)

Arrêt de la CourEDH Pascaud c. France du 8 novembre 2012:

1. Pour la Cour, la France avait violé l'art. 8 CEDH en refusant d'admettre la validité d'une reconnaissance de paternité d'un homme placé sous sauvegarde de justice, alors même que les analyses ADN avaient établi sa paternité. **2.** Le requérant réclamait sa part successorale d'héritier réservataire. La CourEDH examine (ce qui est rare) le montant de l'actif successoral et le dommage subi, arrêté à EUR 2750000.

RJ 3-13

Adoption par le/la partenaire homosexuel(le) du parent de l'enfant

Arrêt de la CourEDH (GC) X. et autres c. Autriche du 19 février 2013:

1. Couple homosexuel composé de deux femmes entretenant une relation stable. Situation juridique comparable à celle des couples hétérosexuels non mariés. Refus des juridictions autrichiennes d'accorder à l'une des partenaires le droit d'adopter le fils de l'autre sans rompre les liens juridiques entre la mère et l'enfant (adoption coparentale). **2.** La CourEDH constate une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels non mariés pour lesquels l'adoption coparentale est ouverte. Absence de motifs convaincants justifiant cette distinction. **3.** Violation de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH.

Remarque: La CourEDH distingue cette affaire de l'arrêt Gas et Dubois c. France (RJ 48-12) dans lequel elle avait conclu à l'absence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif que l'adoption coparentale était interdite dans les deux cas.

RJ 4-13

Droit du parent privé des droits parentaux dans la procédure d'adoption

Arrêt de la CourEDH A.K. et L. c. Croatie du 8 janvier 2013:

1. Retrait de l'autorité parentale pour troubles psychiques légers de la mère. Celle-ci n'est pas représentée dans la procédure. Elle sollicite un avocat d'office pour faire appel; il lui est désigné après l'échéance du délai! Au moment d'intenter une action en restitution des droits parentaux (seule voie encore ouverte), elle apprend que l'enfant – placé en famille d'accueil – a été adopté. **2.** Examen

des législations européennes sur le rôle donné au parent privé des droits parentaux dans la procédure d'adoption. La Cour ne condamne pas le système (majoritaire) qui prive le parent du droit de se prononcer sur l'adoption de l'enfant dans un tel cas. **3.** En l'espèce, la mère n'a cependant pas été représentée valablement dans la procédure de retrait des droits parentaux (quand bien même elle présentait des troubles mentaux), puis elle n'a pas été entendue dans la procédure d'adoption, alors qu'elle pouvait encore agir en restitution des droits parentaux. Lorsque la loi interne prévoit une procédure de restitution, celle-ci n'est effective que si le parent est informé de la procédure d'adoption et mis en mesure d'exercer ses droits avant que celle-ci n'aille de l'avant. **4.** Violation de l'art. 8 CEDH.

Remarque: En Suisse, le consentement du parent privé de l'autorité parentale est requis, mais une dispense peut être prononcée selon l'art. 265c ch. 2 CC. La solution à laquelle parvient la CourEDH dans le cas d'espèce s'inspire des mêmes considérations que dans l'ATF 113 Ia 271 (l'autorité à l'obligation de prendre contact avec le père naturel – qui n'a pas à consentir – pour lui expliquer qu'il doit faire établir la filiation juridique s'il veut avoir son mot à dire pour l'adoption).

RJ 5-13

Enlèvement international d'enfants

Arrêt de la CourEDH Özmen c. Turquie du 4 décembre 2012:

1. Décision prononçant le retour de la fille du requérant de Turquie en Australie (en vertu de la CLaH 80/CEIE). **2.** Les autorités nationales avaient pris un certain nombre de mesures pour faire exécuter la décision de retour (surveillance des membres de la famille, recherches auprès des services scolaires et des organismes de soin, inscription de l'enfant au fichier des personnes disparues, diffusion de photographies auprès des forces de police, interdiction de sortie du territoire, condamnations pénales à des peines d'emprisonnement, jamais exécutées car mère et fille demeuraient introuvables). **3.** Le délai pour la procédure de retour (deux ans!) était cependant inapproprié. Par ailleurs, les autorités turques avaient attribué l'autorité parentale à la mère pendant que la procédure de retour était en cours, en violation de l'art. 16 CLaH 80/CEIE, qui commande une suspension de la procédure relative aux droits parentaux dans un tel cas. Elles avaient par là même conforté la mère dans sa décision. **4.** Violation de l'art. 8 CEDH.

Remarque: pour un cas national dans lequel la CourEDH a admis une violation de l'art. 8 CEDH au motif que les autorités n'avaient pas examiné avec toute la diligence requise (durée de 8 mois) la demande de droit de visite déposée par la mère d'un enfant âgé de deux ans qui vivait avec son père: *Arrêt Meirelles c. Bulgarie du 18 décembre 2012*. Cf. aussi l'*Arrêt Lombardo c. Italie du 29 janvier 2013* (inaction des services sociaux face à l'opposition de la mère et incapacité des juridictions internes à faire appliquer leurs décisions).

RJ 6-13***Suppression du droit de visite pour motifs religieux***

Arrêt de la CourEDH Vojnity c. Hongrie du 12 février 2013:

1. Etre ensemble représente pour un parent et son enfant un élément fondamental de la vie familiale. Une déchéance du droit de visite (ici en raison des convictions «religieuses» du père, membre de la Congrégation hongroise de la Foi, marquées par une vision irrationnelle du monde et un fort prosélytisme) doit se fonder sur une justification objective et raisonnable, faute de quoi elle est discriminatoire. **2.** En l'espèce, absence de motifs convaincants démontrant que la religion du père aurait exposé l'enfant à des pratiques psychologiquement dangereuses ou à des risques physiques. Absence d'examen d'autres solutions moins drastiques (par ex. droit de visite avec contrôle). **3.** Violation de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH.

Remarque: Le défaut de toute véritable enquête explique et justifie la solution de cet arrêt. L'on rappelle cependant qu'un comportement de nature sectaire doit permettre de limiter (à défaut de supprimer complètement) le droit de visite, voire – s'il est le fait du parent gardien – de priver celui-ci de son droit de garde. Les convictions religieuses des parents doivent toujours s'effacer derrière le bien de l'enfant.

RJ 7-13***Pseudo-internement volontaire***

Arrêt de la CourEDH Sykora c. République tchèque du 22 novembre 2012:

1. Selon le droit tchèque, le placement en établissement psychiatrique auquel consent le mandataire tuteur de l'intéressé devient de ce fait un placement volontaire. **2.** Dans un tel cas, la CEDH exige à tout le moins que le mandataire tuteur rencontre la personne concernée ou la consulte, ce qui n'a pas été fait. La détention n'était par conséquent pas régulière (art. 5 § 1 CEDH). **3.** En l'absence de mise à disposition des moyens de droit ordinaires applicables lorsque le placement n'est pas volontaire, le requérant n'a pas bénéficié d'un recours suffisant au sens de l'art. 5 § 4 CEDH.

RJ 8-13***Internement psychiatrique arbitraire à la demande de l'épouse***

Arrêt de la CourEDH Mihailovs c. Lettonie du 22 janvier 2013:

1. Décision prononçant, en son absence, l'incapacité juridique d'un homme handicapé et épileptique, à la demande de sa femme, qui devient sa tutrice. **2.** Refus d'entrer en matière sur une demande de libération déposée par l'intéressé, au motif que celle-ci ne peut être déposée que par la tutrice (!). **3.** Absence de motifs suffisants au placement (pas de trouble mental établi, pas de mise en danger de lui-même ou d'autrui). Privation de liberté injustifiée. Violation de l'art. 5 § 1 CEDH. **4.** Violation de l'art. 5 § 4 CEDH également (absence de recours juridique).

Remarque: Après 8 ans de placement, l'intéressé a finalement décidé de rester volontairement dans l'établissement. La tutelle fut retirée à son épouse 10 ans

après son institution: l'on constata qu'elle n'avait jamais emmené son mari hors du centre qui l'hébergeait et ne l'avait notamment jamais laissé se rendre sur la tombe de ses parents comme il le souhaitait ... Pour une autre décision relative à une privation de capacité juridique et à un internement abusif, sans possibilité de recours: *Arrêt de la CourEDH Lashin c. Russie du 22 janvier 2013.*

RJ 9-13

Internement en annexe psychiatrique d'une prison

Arrêts de la CourEDH Claes, Dufoort et Swennen c. Belgique du 10 janvier 2013:

1. Confirmation de la jurisprudence de l'arrêt L.B. c. Belgique du 2 octobre 2012 (cf. RJ 126-12, sous «remarque»). **2.** Violation de l'art. 3 CEDH (traitement dégradant à la suite d'une détention, parfois pendant plus de 15 ans, dans les annexes psychiatriques de prisons n'offrant pas la prise en charge adéquate de l'état de santé de personnes souffrant de troubles mentaux) et de l'art. 5 § 1 let. e CEDH (détention non régulière lorsque la détention d'une personne souffrant de troubles mentaux s'effectue dans un établissement non approprié). **3.** Le problème structurel auquel est confronté la Belgique (manque de capacité d'accueil dans le circuit psychiatrique extérieur) ne la dispense pas du respect de ses obligations à la lumière de la CEDH.

B. Code civil³

1. Filiation

1.1 Établissement de la filiation

RJ 10-13

Suite (et presque fin?) de l'affaire Jäggi

Arrêt du TF 5A_518/2011 du 22 novembre 2012 (f):

1. Demande d'expertise ADN sur la dépouille d'un homme décédé en 1976, présumé père biologique du requérant, né pour sa part en 1939. Arrêt du TF 1P.600/1999 (SJ 2000 I 489), déclaré contraire à l'art. 8 CEDH (Arrêt de la CourEDH du 13 juillet 2006, RJ 71-06); Arrêt du TF sur révision 1F_1/2007 du 30 juillet 2007. **2.** Expertise concluant à une probabilité de paternité supérieure à 99,9%; action en paternité jugée tardive par les instances cantonales. **3.** Pour tenir compte de l'allongement considérable du délai d'ouverture d'action, il faut interpréter strictement la notion de justes motifs de l'art. 263 al. 3 CC (cf. ATF 132 III 1); d'éventuels rumeurs ou soupçons ne sont toutefois pas suffisants pour agir en justice. **4.** Une fois que le demandeur a connaissance du motif de restitution du délai, l'art. 263 al. 3 CC ne lui accorde aucun délai supplémentaire; il lui incombe d'agir avec toute la célérité possible, dès que la cause du retard a pris fin. **5.** La présente affaire porte sur une action en paternité (art. 261 CC), introduite par un enfant

³ 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».

majeur alors que le délai légal d'une année après la majorité posé par l'art. 263 al. 1 ch. 2 CC est largement dépassé (de 53 ans, c'est nous qui précisons!). Le juste motif qui rend ce retard excusable tient du fait que le recourant n'a pu véritablement faire établir l'identité de son géniteur qu'après l'administration d'une expertise ADN. **6.** Alors qu'il avait reçu le résultat de celle-ci fin août 2009, il n'a entrepris aucune démarche jusqu'à sa demande d'inscription de sa filiation paternelle dans les registres d'état civil trois mois plus tard, puis a encore attendu sept semaines avant d'introduire l'action en paternité en justice. **7.** Au vu des circonstances, soit de la longue (une dizaine d'années) et difficile procédure que le recourant a dû mener pour voir son droit à mettre en œuvre une expertise génétique être reconnu, de la procédure obscure qui a conduit au jugement de première instance (autorisant l'analyse génétique), rendu après révision, du fait que le recourant a dû s'adresser à plusieurs reprises à l'administration avant d'obtenir des renseignements précis et qu'il n'était alors plus assisté d'un mandataire et, enfin, de sa rapide réaction une fois au clair sur la situation juridique, on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir agi avec toute la célérité requise par la jurisprudence. **8.** Recours admis.

RJ 11-13

Légitimation à recourir de la mère contre le jugement en désaveu

Arrêt du TF 5A_702/2012 du 19 novembre 2012 (d) (destiné à la publication):

1. La consorité passive de la mère et de l'enfant dans le procès en désaveu de paternité ne les empêche pas l'un et l'autre de recourir séparément contre un jugement en désaveu, notamment en raison des intérêts divergents qui peuvent être les leurs. Il s'agit d'une exception aux principes généraux, parce que l'on a affaire à une action relative à l'état de la personne (ATF 82 II 1, 87 II 281, 95 II 291; cf. en outre ATF 130 III 550 et Arrêt du TF 5A_240/2011, RJ 90-11): le jugement rendu déploiera ses effets sur toutes les personnes intéressées, pas seulement sur celles qui auront participé à la procédure. **2.** L'entrée en vigueur de l'art. 70 CPC relatif à la consorité nécessaire ne remet pas en cause cette solution du droit matériel, qui l'emporte sur la règle procédurale. **3.** Dans la mesure où le TF avait déjà confirmé sa jurisprudence lors de l'entrée en vigueur de la LTF (Arrêt 5A_240/2011, RJ 90-11), l'autorité cantonale ne saurait se montrer plus restrictive que lui pour la légitimation à recourir sur le plan cantonal (art. 111 al. 1 LTF).

1.2 Effets de la filiation

1.2.1 Autorité parentale et garde, relations personnelles

RJ 12-13

Une nouvelle approche de la jurisprudence Zaunegger?

Arrêt du TF 5A_642/2012 du 23 octobre 2012 (f):

1. Jusqu'à ce jour, le TF avait semblé exclure l'application de la jurisprudence Zaunegger dans le cadre de l'art. 133 al. 3 CC (cf. notamment RJ 92-11 et RJ 57-12, ainsi que nos critiques). **2.** Dans le présent arrêt (rendu en matière d'assis-

tance judiciaire), le TF s'interroge sur le point de savoir si la seule référence à l'absence de consentement des deux parents au maintien de l'autorité parentale conjointe ou à la garde alternée est suffisante pour refuser l'exercice en commun de l'autorité parentale ou du droit de garde. La compatibilité de l'art. 133 al. 3 CC avec les art. 8 et 14 CEDH fait d'ailleurs l'objet d'un recours pendant devant la CourEDH (Arrêt du TF 5A_420/2010 du 11 août 2011). **3.** Cette question peut néanmoins demeurer indécise en l'espèce, dès lors que le premier juge a déjà examiné l'attribution du droit de garde en fonction de l'intérêt de l'enfant, en tenant compte de toutes les circonstances, aux conditions de l'art. 133 al. 1 et 2 CC. Quand bien même l'on entrerait en matière sur l'attribution d'une garde alternée en dépit de l'absence de la requête commune, le bien de l'enfant commandait que sa garde soit attribuée à un seul des parents, en l'occurrence au père.

Remarque: Pour un autre arrêt reprenant les mêmes développements, cf. l'Arrêt du TF 5A_216/2012 du 23 octobre 2012 (i) et l'Arrêt du TF 5A_779/2012 du 11 janvier 2013 (f). Pour une décision détaillée en matière d'attribution du droit de garde en mesures protectrices de l'union conjugale (capacités éducatives de la mère, à qui le père reproche un syndrome d'hyperactivité), cf. l'Arrêt du TF 5A_183/2012 du 1^{er} octobre 2012 (d).

RJ 13-13

Droit de visite surveillé

Arrêt du TF 5A_586/2012 du 12 décembre 2012 (f):

1. 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 lui. Si le préjudice peut être limité grâce à la présence d'un tiers (droit de visite surveillé), le droit de la personnalité du parent non détenteur du droit de garde, le principe de la proportionnalité, mais également le sens et le but des relations personnelles, interdisent la suppression complète de ce droit. **2.** Une curatelle de surveillance prévue à l'art. 308 al. 2 CC fait partie des modalités auxquelles peut être soumis le droit de visite. Le rôle du curateur est proche de celui d'un intermédiaire et d'un négociateur. Il 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 (RJ 94-11). **3.** Le père n'a jamais exercé seul la garde sur son fils âgé de 18 mois. Un droit de visite surveillé au Point Rencontre, de nature transitoire, est conforme aux intérêts et aux besoins actuels de l'enfant. **4.** L'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier (protection du minimum vital selon le droit des poursuites). En l'espèce, il n'est pas arbitraire d'attribuer à l'enfant la totalité du montant disponible chez son père (CHF 150 par mois); si les ressources de la mère sont plus élevées, elle devra en revanche contribuer elle aussi au financement de l'entretien, en plus de la prise en charge en nature de l'enfant, compte tenu de la modicité de la contribution due par le père.

RJ 14-13***Attribution de l'autorité parentale en mesures provisoires de divorce***

Arrêt du TF 5A_271/2012 du 12 novembre 2012 (f):

1. L'art. 297 al. 2 CC vise aussi bien la suspension de la vie commune découlant de l'introduction d'une action en divorce que celle liée à l'application des mesures protectrices de l'union conjugale. Dans les deux cas, le juge des mesures provisoires a la compétence de confier l'autorité parentale à un seul parent pour la durée de l'instance. **2.** Il ne faut toutefois pas perdre de vue le caractère provisoire des mesures fondées sur l'art. 276 CPC. Pendant la procédure de divorce, le juge doit autant que possible éviter d'ordonner des mesures qui créeraient une situation irréversible ou préjugeraient définitivement des décisions à prendre dans le jugement au fond. Si l'attribution du droit de garde à un seul des parents apparaît suffisante pour garantir le bien de l'enfant, il n'y a pas lieu de modifier aussi l'exercice de l'autorité parentale. **3.** Il ne suffit ainsi pas que les parents entretiennent des relations conflictuelles pour supprimer l'autorité parentale conjointe: il faut que les conditions essentielles pour une responsabilité commune des parents ne soient plus données, de telle sorte que le bien de l'enfant exige que l'autorité parentale ne soit confiée qu'à un seul des deux. L'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'un des parents peut notamment se justifier lorsque le conflit qui les oppose est trop important pour qu'il soit encore possible d'envisager un minimum de collaboration entre eux, que la procédure de divorce risque de traîner en longueur et que le bien de l'enfant est menacé par la poursuite de l'exercice commun de l'autorité parentale. **4.** Dans le cas d'espèce, l'expertise psychiatrique familiale réalisée conclut que l'autorité parentale commune n'est pas réalisable (le Service de protection des mineurs avait déjà relevé, dans un précédent rapport, la situation préoccupante des enfants compte tenu du contexte familial conflictuel). La cour cantonale n'a dès lors pas appliqué arbitrairement l'art. 297 al. 2 CC en considérant qu'il ne s'agissait pas d'une simple mésentente entre les parties, habituelle en procédure de divorce, mais, bien plutôt, d'une situation dans laquelle la capacité et la volonté de coopérer des parents n'existaient plus, de sorte que l'intérêt des enfants commandait d'attribuer, au stade des mesures provisoires déjà, l'autorité parentale à un seul des parents. **5.** L'on ne voit pas en quoi le projet du Conseil fédéral visant à inscrire dans le code civil le principe de l'autorité parentale conjointe indépendamment de l'état civil des parents aurait une incidence dans le cas particulier, ce projet prévoyant du reste que l'attribution de l'autorité parentale exclusive à l'un des parents doit rester possible si elle est nécessaire pour protéger les intérêts des enfants. **6.** En matière d'entretien, dans le cadre d'un calcul fondé sur les charges effectives, le TF estime qu'il n'est pas arbitraire d'attribuer un pourcentage de 45% des frais de loyer de la mère aux trois enfants, âgés de 14, 13 et 11 ans, dont elle a la charge.

RJ 15-13**Mesures provisoires dans un procès en modification du jugement de divorce**

Arrêt du TF 5A_732/2012 du 4 décembre 2012 (d):

1. La décision qui ordonne des mesures provisoires pendant la procédure de divorce est finale au sens de l'art. 90 LTF (ATF 134 III 426). **2.** Il en va autrement des mesures provisoires ordonnées dans le cadre d'un procès en modification d'une contribution d'entretien déjà entrée en force (une modification à titre provisoire n'étant au demeurant admise que dans des circonstances particulières, ATF 118 II 228): alors que le jugement de divorce ne peut déployer des effets que pour l'avenir, le passé étant réglé par les mesures provisoires, la modification peut quant à elle être demandée dès la litispendance. Dans sa décision sur le fond, le juge devra tenir compte de ce que le débiteur a déjà payé sous l'empire des éventuelles mesures provisoires ordonnées pour la durée de la procédure. **3.** La décision de mesures provisoires pendant la procédure de modification est par conséquent une décision incidente selon l'art. 93 LTF.

RJ 16-13**Effet suspensif de l'appel contre une décision de modification du droit de garde en mesures provisoires?**

Arrêt du TF 5A_780/2012 du 8 novembre 2012 (f):

1. Confirmation de l'ATF 137 III 475 (RJ 100-12). **2.** Selon l'art. 315 al. 5 CPC, l'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable. **3.** Lorsqu'en vertu de la décision de première instance, l'enfant demeure chez le parent qui prenait principalement soin de lui avant l'introduction de la procédure (parent de référence/Bezugsperson), l'instance d'appel doit rejeter la requête d'effet suspensif du parent sollicitant un changement de garde, des motifs sérieux devant toutefois être réservés, notamment lorsque la décision attaquée menace le bien de l'enfant et apparaît manifestement infondée (ATF 138 III 565). **4.** Il en va différemment lorsque le juge de première instance statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prend actuellement soin de lui. Le bien de l'enfant commande alors, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert de référence. La requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi généralement être admise, sauf si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé (ATF 138 III 565). **5.** Le fait que la décision querellée ne paraisse pas insoutenable n'est en revanche pas suffisant pour refuser l'effet suspensif. **6.** Lorsqu'un jugement de divorce est en force, et que l'un des parents demande sa modification pour obtenir que la garde des enfants lui soit transférée, le juge appelé à statuer à titre provisionnel doit appliquer ces principes, en gardant cependant à l'esprit que seuls des faits nouveaux, importants et durables peuvent justifier une modification de la situation créée par le jugement de divorce. Le magistrat doit ainsi faire preuve d'une certaine retenue lorsqu'il s'agit de déterminer si les circonstances de fait invoquées justifient, pour la durée de la procédure, une modification dans l'attribution de la garde telle

qu'elle a été décidée à l'issue de la procédure de divorce. **7.** En l'espèce, les faits sur lesquels le recourant se fonde pour obtenir la levée de l'effet suspensif – violences psychiques et physiques prétendument exercées par l'intimée sur son fils – sont contestés par son ex-épouse; ils ne peuvent donc pas être tenus pour établis. C'est ainsi sans arbitraire que le juge cantonal a admis la requête d'effet suspensif présentée par l'intimée. **8.** Le refus d'attribuer l'effet suspensif ne saurait s'appuyer sur des faits nouveaux, survenus postérieurement à la décision entreprise: en effet, l'instance de recours statuant sur l'effet suspensif à bref délai, l'enfant ne devrait pas être déplacé tant que celle-ci n'a pas statué, des changements successifs n'étant manifestement pas dans son intérêt. Que l'enfant se soit installé chez son père depuis une date non établie et qu'il doive en conséquence quitter son cercle scolaire et amical n'est à cet égard pas suffisant pour refuser la mesure sollicitée par sa mère.

RJ 17-13

Décision finale (effets accessoires du divorce et droits parentaux)?

Arrêt du TF 5A_619/2012 du 20 novembre 2012 (f):

1. Sous réserve de l'application de l'art. 283 al. 2 CPC, une décision relative aux effets accessoires est finale lorsqu'elle tranche définitivement toutes les questions qui se posent, sans aucun renvoi à l'autorité précédente. Elle est au contraire préjudicielle ou incidente (art. 93 LTF) lorsque l'autorité de recours statue sur une partie seulement des effets accessoires encore litigieux et renvoie la cause aux juges précédents pour nouvelle décision sur les autres. **2.** L'arrêt cantonal statue ici notamment sur l'attribution de l'autorité parentale et sur le droit de garde de l'enfant, mais renvoie l'affaire à l'autorité judiciaire inférieure pour complément d'instruction et nouvelle décision s'agissant du montant de la contribution d'entretien. La décision rendue ne met pas fin à toute la procédure et doit être considérée comme étant une «autre décision incidente» au sens de l'art. 93 LTF.

1.2.2 Entretien

RJ 18-13

Exigences à poser à la mère d'un enfant en bas âge

Arrêt du TF 5A_309/2012 du 19 octobre 2012 (d):

1. Rappel de la jurisprudence relative au revenu hypothétique. La recourante se plaint d'avoir à augmenter son activité d'enseignante de 31% à 60% alors qu'elle est la mère d'un nourrisson de 3 mois né d'une autre liaison. **2.** Un délai de transition suffisant doit être laissé à la mère d'un enfant en bas âge pour construire sa relation avec l'enfant et s'occuper de sa santé physique et morale avant d'avoir à reprendre une activité professionnelle. **3.** Application par analogie de l'Arrêt du TF 5A_241/2010 (RJ 21-11; une reprise d'activité à 40% lorsque l'enfant était âgé de 2 ans n'avait pas été jugée admissible), même s'il en allait alors du devoir d'assistance de l'épouse du débiteur d'entretien, et non de celui de la débitrice d'entretien comme ici. Refus d'imposer une augmentation de taux d'activité à

l'intéressée. **4.** Lorsqu'un parent doit assumer l'entretien tant en nature qu'en argent, il n'est pas d'emblée exclu de déroger au principe d'égalité de traitement des enfants mineurs. L'inégalité de traitement à l'égard des deux enfants attribués au père, pour lesquels la mère assume l'entretien par une contribution financière, est justifiée dans le cas d'espèce par les besoins de prise en charge personnelle de leur demi-frère. **5.** Le délai de 14 semaines pendant lequel est versée l'allocation de maternité (art. 16d LAPG, RS 834.1) n'est en aucun cas déterminant dans le cadre du droit de la famille.

RJ 19-13

Débiteur parti à l'étranger (revenu hypothétique)

Arrêt du TF 5A_513/2012 du 17 octobre 2012 (d):

1. Revenu hypothétique du parent débiteur d'entretien. **2.** Il y a lieu de poser des exigences élevées s'agissant des efforts à faire pour mettre sa capacité de travail à profit, en particulier lorsque la situation financière est précaire (ATF 137 III 118). **3.** Le parent doit faire le nécessaire professionnellement, mais selon les cas aussi géographiquement, pour pouvoir utiliser sa capacité de travail le plus efficacement possible. L'on peut en particulier ne pas tenir compte de son déménagement à l'étranger (ici au Cambodge) lorsqu'il peut raisonnablement être attendu de lui qu'il continue de travailler en Suisse. **4.** En l'espèce, l'intéressé n'avait qu'un travail irrégulier en Suisse, avait perdu tous contacts avec ses enfants, vit et travaille avec sa nouvelle épouse sur place, dans l'entreprise de ses beaux-parents. L'on ne saurait exiger du débirentier (et de sa nouvelle épouse, même avec une période transitoire pour celle-ci) de venir s'installer en Suisse. Le droit cambodgien ne permet d'ailleurs pas de fonder un devoir de la nouvelle épouse de le suivre à l'étranger et de l'assister dans l'exécution de son obligation d'entretien à l'égard d'enfants d'un autre lit.

RJ 20-13

Revenu déterminant de l'indépendant

Arrêt du TF 5A_259/2012 du 14 novembre 2012 (f):

1. Le revenu d'un indépendant est constitué par son bénéfice net, à savoir la différence entre les produits et les charges. En cas de revenus fluctuants, il faut en général tenir compte du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années. Plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par l'intéressé incertaines, plus la période de comparaison doit être longue. **2.** Lorsque les allégations sur le montant des revenus ne sont pas vraisemblables et que les pièces produites ne sont pas convaincantes – par exemple parce que les comptes de résultat manquent –, les prélèvements privés constituent un indice permettant de déterminer le train de vie de l'intéressé. Pour subvenir à ses besoins courants, un indépendant opère en effet généralement des prélèvements privés en cours d'exercice, anticipant le bénéfice net de l'exercice qui résulte des comptes établis à la fin de celui-ci. **3.** Des prélèvements inférieurs au bénéfice net entraînent toutefois la constitution de réserves, tandis que des prélèvements supérieurs impliquent la dissolution de réserves. Il s'ensuit que l'on ne peut retenir que les re-

venus de l'intéressé ont baissé lorsqu'il a opéré des prélèvements privés inférieurs au bénéfice net de l'exercice; l'on ne saurait davantage affirmer que ses revenus n'ont pas baissé entre deux exercices de référence simplement parce que, indépendamment des bénéfices réalisés, les prélèvements privés sont comparables. **4.** La détermination du revenu d'un indépendant peut en conséquence se faire en référence soit au bénéfice net, soit aux prélèvements privés, ces deux critères étant toutefois exclusifs l'un de l'autre: l'on ne peut ainsi conclure que le revenu d'un indépendant est constitué de son bénéfice net, additionné à ses prélèvements privés.

RJ 21-13

Contribution à la prise en charge d'un enfant et régime matrimonial

ATF 138 III 689 (Arrêt du TF 5A_234/2012 du 28 septembre 2012 [d]):

1. Montant de CHF 116000 versé par l'époux à la mère d'un enfant né hors mariage; réunion aux acquêts selon l'art. 208 al. 1 CC. L'art. 208 al. 1 ch. 1 CC vise toute attribution gratuite qui a provoqué une diminution des acquêts ou empêché leur accroissement. **2.** Le TF laisse la question ouverte de savoir si des prestations faites en accomplissement d'un devoir moral doivent ou non être réunies. En effet, les prétentions de la mère non mariée fondées sur l'art. 295 CC ne lui donnent pas droit, *de lege lata*, à une contribution pour la prise en charge de l'enfant. Lorsqu'une telle contribution est fondée sur une convention (comme c'est le cas ici), elle peut relever d'une promesse de donner (art. 239 CO) ou de la promesse d'accomplir un devoir moral. **3.** Au regard des circonstances de l'espèce, aucun comportement immoral n'aurait pu être reproché au père s'il n'avait pas servi des prestations financières à la mère de l'enfant pour la prise en charge de celui-ci. La réunion, dont les autres conditions (absence de consentement, montant excédant largement les présents d'usage, délai de 5 ans avant la dissolution) sont réalisées, est confirmée.

RJ 22-13

Entretien de l'enfant majeur – circonstances personnelles

Arrêt du TF 5A_503/2012 du 4 décembre 2012 (d):

1. Rappel de la jurisprudence relative aux circonstances personnelles à prendre en compte dans le cadre de la fixation de l'entretien du majeur (art. 277 al. 2 CC). **2.** Savoir si les circonstances permettent d'exiger des père et mère qu'ils contribuent à l'entretien de l'enfant majeur est une question de droit; déterminer les causes de la rupture des relations personnelles entre un parent et son enfant relève du fait. **3.** Cas limite (l'enfant a appris l'existence de son père à l'âge de 13 ans, a refusé ensuite les contacts tentés par son père; la mère et l'autorité tutélaire ont probablement joué un rôle non négligeable dans cette situation). L'autorité cantonale n'a pas violé le large pouvoir d'appréciation qui était le sien en considérant que l'absence de relations n'était pas exclusivement imputable à l'enfant (la situation pourrait être jugée autrement à l'avenir si l'enfant persistait dans son refus). **4.** Rejet de la requête d'assistance judiciaire de l'enfant majeur, car l'obligation d'entretien du droit de la famille l'emporte sur l'intervention éta-

tique (ATF 127 I 202). L'intéressé n'est pas dans une situation de besoin compte tenu de la situation financière de ses parents.

Remarque: L'on s'étonnera une fois de plus, tout particulièrement dans un cas-limite comme celui-ci, de ne pas voir appliquer l'art. 44 CO par analogie pour réduire (sans les rejeter dans leur principe) les prétentions en entretien de l'enfant majeur (sur cette question, cf. déjà RJ 19-12, RJ 11-07 et RJ 14-03).

RJ 23-13

Droit du parent de faire valoir les prétentions de l'enfant majeur

Arrêt du TF 5A_661/2012 du 17 janvier 2013 (d):

1. Pendant la minorité de l'enfant, le parent fait valoir les prétentions à l'entretien de celui-ci (dans le cadre d'une action judiciaire ou de poursuites) en son propre nom. A sa majorité, l'enfant doit agir lui-même. Il peut toutefois consentir à ce que son parent continue à faire valoir ses prétentions dans le cadre du procès en divorce commencé alors qu'il était mineur (ATF 129 III 55). Le dispositif du jugement doit cependant prévoir que l'entretien est dû à l'enfant lui-même. **2.** La jurisprudence est peu claire sur le point de savoir si le parent de l'enfant majeur peut agir en son propre nom dans d'autres cas que celui-ci, en particulier lorsqu'il est au bénéfice d'une cession de créance en vertu de l'art. 164 CO ou que la convention de divorce fonde une telle légitimation (dans ce sens: ATF 107 II 465, apparemment *contra*: Arrêt 5P.313/1988 du 7 février 1989). La doctrine semble pour sa part admettre que l'enfant devenu majeur doit agir lui-même. **3.** Il n'est donc pas arbitraire dans le cas d'espèce de refuser la mainlevée définitive de l'opposition au motif que l'enfant majeur n'a pas consenti à un paiement en faveur de sa mère, bien que la convention de divorce de ses parents en ait disposé ainsi.

RJ 24-13

Art. 291 CC et minimum vital

Arrêt du TF 5A_490/2012 du 23 novembre 2012 (d):

En matière d'avis aux débiteurs, qu'il soit fondé sur l'art. 177 CC et/ou sur l'art. 291 CC, le juge doit respecter les règles sur la protection du minimum vital du débiteur. Pas plus que l'office des poursuites n'est admis à saisir un revenu hypothétique (ou à déterminer le montant saisissable sur la base d'un tel revenu), le juge ne peut se fonder sur un revenu hypothétique, avec pour effet de porter atteinte au minimum d'existence (le TF rejette les avis contraires de *R. Suhner*, Anweisungen an die Schuldner, St-Gall 1992 et *R. Weber*, PJA 2002 235, p. 239).

RJ 25-13

Art. 291 CC encore

Arrêt du TF 5A_464/2012 du 30 novembre 2012 (f):

1. L'avis aux débiteurs (art. 291 CC) constitue une mesure particulièrement incursive, qui suppose un défaut caractérisé de paiement. Une omission ponctuelle ou un retard isolé de paiement sont insuffisants. Pour justifier la mesure, il faut disposer d'éléments permettant de retenir de manière univoque qu'à l'avenir, le

débiteur ne s'acquittera pas de son obligation, ou du moins qu'irrégulièrement et ce indépendamment de toute faute de sa part. Des indices en ce sens sont suffisants s'ils reposent sur des circonstances concrètes; le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. **2.** Il ressort des constatations de fait que depuis plus d'une année, le recourant ne s'est acquitté que partiellement de l'obligation d'entretien fixée en mesures protectrices de l'union conjugale. Le défaut de paiement ne saurait être qualifié de ponctuel. Les raisons de cette violation sont sans importance: la notion de faute ne joue aucun rôle dans le cadre du prononcé d'un avis aux débiteurs.

RJ 26-13

Art. 291 CC toujours

Arrêt du TF 5A_791/2012 du 18 janvier 2013 (d):

1. L'avis aux débiteurs de l'art. 291 CC n'est pas une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF, de sorte que le TF jouit d'un libre pouvoir de cognition (art. 95 s. LTF). **2.** Il s'agit d'une mesure d'exécution, qui suppose que les contributions d'entretien aient déjà été fixées par un jugement ou par une convention ratifiée par l'autorité tutélaire (art. 287 al. 1 aCC), qui ont tous deux valeur de titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 al. 2 ch. 2 LP. **3.** Le juge de l'avis n'a en principe pas à revoir les motifs de fixation de l'entretien (par ex. le point de savoir si l'égalité de traitement entre plusieurs enfants crédirentiers est respectée). **4.** L'avis aux débiteurs ne doit cependant pas porter atteinte aux droits de la personnalité du débirentier (ATF 110 II 9): il faudra donc appliquer à nouveau les principes relatifs au minimum vital du droit des poursuites lorsque la situation du débiteur a évolué depuis la fixation de l'entretien de telle sorte que l'avis porterait atteinte à son minimum vital (cf. aussi RJ 24-13).

1.2.3 Autres effets

1.3 Mesures de protection

RJ 27-13

Procédure de restitution selon l'art. 310 al. 3 CC

Arrêt du TF 5A_620/2012 du 29 octobre 2012 (d):

1. Rappel de la jurisprudence relative à l'art. 310 al. 3 CC (in casu, l'enfant, sous l'autorité parentale de sa mère, a été remis à son père par celle-ci; il a vécu pendant 4 ans avec son père et ses grands-parents paternels; la mère en réclame le retour). **2.** Dans un tel cas, l'autorité tutélaire doit ouvrir une procédure et ne peut sans autre remettre l'enfant à la mère. La décision, qu'elle aille dans le sens d'une remise ou non, peut être attaquée selon l'art. 420 aCC. **3.** Il n'est pas exclu de placer l'enfant chez le parent qui en réclame le retour, même si en principe on ne le déplace pas pendant la procédure (cf. RJ 100-12 et supra RJ 14-13): l'intérêt de l'enfant peut commander une telle solution (ici risque d'enlèvement et de départ avec le père à l'étranger, car celui-ci fait l'objet d'une décision d'expulsion

– à la suite d'un brigandage et d'une prise d'otages – et a toujours affirmé qu'il ne partirait pas sans l'enfant).

RJ 28-13

Révision de la décision de retour

Arrêt du TF 5A_847/2012 du 17 décembre 2012 (i):

1. Le tribunal peut, sur requête, modifier la décision ordonnant le retour de l'enfant prononcé dans un cas d'enlèvement international, lorsque les circonstances qui s'opposent au retour ont changé de manière déterminante (art. 13 al. 1 LFE-EA). **2.** Le fait que la mère ait introduit en Espagne une action en modification des droits parentaux pour obtenir l'attribution exclusive de l'enfant n'est pas suffisant: il n'appartient pas à l'autorité de recours de pronostiquer ce que sera l'issue de cette procédure. Une suspension de la procédure de retour dans l'attente de la décision sur le fond ne serait pas conforme à l'objectif de la CLaH 80, qui est de rétablir le status quo ante et de permettre le retour immédiat du mineur dans son pays d'origine.

RJ 29-13

Précisions sur les règles de compétence de la CLaH 96

Arrêt du TF 5A_809/2012 du 8 janvier 2013 (f):

1. La compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions ou mesures étrangères sont régies, en matière de protection des mineurs, par la CLaH 96 (art. 85 al. 1 LDIP). La convention régit notamment l'attribution de l'autorité parentale, le règlement de la garde et des relations personnelles, ainsi que l'instauration d'une curatelle. **2.** Avant son entrée en vigueur, le droit international suisse renvoyait à la CLaH 61, qui continue à s'appliquer dans les relations entre la Suisse et les Etats qui n'ont pas ratifié la CLaH 96 pour autant qu'ils soient parties à la CLaH 61. **3.** Dans le cadre des relations avec un Etat n'ayant ratifié ni la CLaH 96 ni la CLaH 61, c'est la première qui s'applique compte tenu du renvoi général de l'art. 85 al. 1 LDIP. **4.** Les autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (art. 5 CLaH 96). En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle, sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'art. 7 CLaH 96. Le principe de la perpetuatio fori ne s'applique pas. **5.** Cependant, lorsque la nouvelle résidence habituelle de l'enfant se trouve dans un Etat non contractant, la compétence de l'autorité saisie peut être conservée, dans le sens de la perpetuatio fori. **6.** Rappel de la définition de la résidence habituelle, qui est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle de l'enfant se détermine ainsi d'après le centre effectif de sa propre vie et de ses attaches. Outre la présence physique de l'enfant, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant

traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial; sont notamment déterminants la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant. **7.** La résidence habituelle doit être définie pour chaque personne séparément; cependant, celle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents, les relations familiales du très jeune enfant avec le parent en ayant la charge étant en règle générale déterminantes. **8.** Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle, mais celle-ci peut exister également sitôt après le changement du lieu de séjour, si, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts. **9.** En l'espèce, les Etats-Unis, où se trouve l'enfant, ne sont pas parties à la CLaH 61 ni ne l'ont ratifiée. Ils sont signataires de la CLaH 96, mais ne l'ont pas encore ratifiée. La CLaH 96 est néanmoins applicable en raison du renvoi de l'art. 85 al. 1 LDIP. **10.** Dès lors que le principe de la perpetuatio fori est applicable lorsque l'enfant se trouve dans un Etat non contractant à la CLaH 96, il suffit que l'enfant ait eu sa résidence habituelle en Suisse au moment du dépôt de la requête de modification des mesures protectrices de l'union conjugale; peu importe qu'il se soit ou non constitué une nouvelle résidence aux Etats-Unis depuis cette date. **11.** L'enfant et sa mère n'ayant quitté le pays que depuis deux mois à ce moment-là, seul un changement de résidence d'emblée destiné à être durable pourrait entrer en considération. Tel n'est pas le cas, le déplacement s'étant fait à des fins de vacances, avec l'intention de revenir à l'échéance de cette période.

2. *Protection de l'adulte*

RJ 30-13

Protection de l'adulte et organisation judiciaire zurichoise

Arrêt du TF 5C_2/2012 du 17 décembre 2012 (d) (destiné à la publication):

1. Sous l'ancien droit et depuis les exigences posées par l'ATF 118 Ia 473, le canton de Zurich avait comme autorité de surveillance de première instance le Bezirksrat. Le Conseil exécutif fonctionnait comme autorité de surveillance de seconde instance, hormis pour les recours, confiés à l'Obergericht. **2.** La loi d'introduction au nouveau droit, très controversée sur ce point, a maintenu l'ancien système; elle a renoncé à confier le rôle d'autorité de surveillance de première instance (en charge des recours en première instance) aux tribunaux de district, bien que le Conseil exécutif ait souhaité aller dans ce sens. **3.** L'art. 450 al. 1 CC exige que les décisions de l'autorité de protection de l'adulte puissent faire l'objet d'un recours devant le juge compétent. **4.** Rappel de l'historique de la révision du Code civil. Il ressort des travaux préparatoires – et de la doctrine qui s'exprime sur ce point – que le législateur n'a pas voulu imposer un tribunal au sens formel, mais uniquement au sens matériel (comme c'était le cas d'ailleurs sous l'empire de l'art. 397d aCC pour la PLAFa, ATF 108 Ia 178). **5.** Malgré les forts doutes exprimés par la doctrine, le TF considère, après une longue analyse, que le

Bezirksrat remplit les exigences de l'art. 6 CEDH et de l'art. 30 Cst. féd. (indépendance, impartialité) et présente les garanties matérielles nécessaires. Le fait que certains membres du Bezirksrat ne soient pas de formation juridique n'y change rien (le fait de s'adjoindre les services d'un greffier juriste ne constitue pas un signe de dépendance, ATF 134 I 16). Le Bezirksrat ne reçoit pas d'instructions d'autres autorités et dispose d'un plein pouvoir de cognition en fait et en droit. **6.** Il est vrai que le Bezirksrat exerce de nombreuses tâches d'exécution et de surveillance dans les matières de droit public, ce qui le fait apparaître comme étant intégré à l'administration générale. Tel n'est en revanche pas le cas dans le domaine du droit civil, où il assume beaucoup moins de tâches. **7.** Certes, le Bezirksrat exerce la surveillance générale sur les (groupements de) communes (qui désignent quant à elles les membres de l'autorité de protection). Mais l'autorité de protection est désormais formée selon des critères professionnels et non plus – comme sous l'ancien droit – selon des critères politiques (appartenance à l'exécutif communal). **8.** Il peut être dérogé au principe de la publicité de l'audience et du prononcé (art. 30 al. 3 Cst. féd., art. 6 § 1 CEDH) notamment lorsque des intérêts privés dignes de protection l'exigent. L'art. 54 al. 4 CPC prévoit que les procédures relevant du droit de la famille ne sont pas publiques. Le § 42 de la loi zurichoise d'introduction au droit de la protection de l'adulte en fait de même. Les recourants ne démontrent pas en quoi la règle serait contraire à la CEDH ou à la Constitution fédérale.

Remarque: Le TF a rejeté la légitimation pour recourir des Juristes Démocrates de Zurich, l'a en revanche admise pour les particuliers co-recourants. Cf. aussi l'Arrêt du TF 5C_1/2012 du 18 janvier 2013 prononcé sur recours d'un particulier, qui est une copie conforme de celui résumé ici.

RJ 31-13

Consentement à une mesure volontaire

Arrêt du TF 5A_827/2012 du 21 décembre 2012 (f):

1. Le retrait de la requête d'interdiction volontaire (art. 372 aCC) – ou du consentement à une telle mesure – n'est plus possible postérieurement au prononcé de la mesure tutélaire, même si la décision n'a pas encore été communiquée à la partie (ATF 106 II 298). **2.** Selon l'art. 438 aCC, la mainlevée de l'interdiction prononcée à la requête de l'interdit ou avec le consentement de celui-ci peut être ordonnée si la cause de la mise sous tutelle n'existe plus. A l'éventualité où une mesure tutélaire cesse d'être justifiée, il faut assimiler l'hypothèse du motif de la tutelle qui n'a jamais été réalisé (ATF 78 II 5). **3.** Conditions non réunies en l'espèce.

Remarque: cette jurisprudence est transposable aux mesures volontaires du nouveau droit (art. 390 al. 3 CC), en particulier à la curatelle d'accompagnement (art. 393 CC) qui doit toujours l'être. A notre sens, sous l'ancien comme le nouveau droit, le consentement devrait pouvoir être retiré encore pendant le délai de recours, pour protéger au mieux l'autonomie de l'intéressé. L'autorité pourrait alors toujours prononcer une mesure non volontaire si le besoin de protection est avéré.

RJ 32-13**Expertise et contre-expertise en matière d'interdiction**

Arrêt du TF 5A_540/2012 du 5 décembre 2012 (f):

1. L'autorité précédente n'a pas ordonné de contre-expertise dans le cadre d'une procédure d'interdiction en vertu de l'art. 369 aCC, cela à la suite d'une appréciation anticipée des preuves. **2.** Ce procédé ne viole pas le droit d'être entendu. Le droit fédéral, et en particulier l'art. 374 al. 2 aCC, n'impose en principe pas une seconde expertise (ATF 39 II 1; Arrêt du TF 5A_541/2010, RJ 29-11).

Remarque: l'automaticité de l'expertise selon l'art. 374 al. 2 aCC n'existe plus. Elle est désormais ordonnée «si nécessaire» (art. 446 al. 2 CC). La question d'une éventuelle seconde expertise peut néanmoins être tranchée de la même manière. A noter que dans le cas d'espèce, il avait fallu attendre le rapport d'expertise pendant 16 mois!

RJ 33-13**Conseil légal provisoire**

Arrêt du TF 5A_580/2012 du 28 novembre 2012 (f):

1. La mise sous conseil légal (art. 395 aCC) suppose la réalisation de deux conditions: d'une part, l'absence de causes suffisantes pour prononcer une interdiction; d'autre part, un besoin de protection. L'institution d'un conseil légal combiné présuppose l'incapacité de la personne concernée de s'occuper de ses affaires et, en particulier, de gérer sa fortune sans danger pour son existence économique. **2.** Cette mesure – même si elle n'est pas aussi incisive que la tutelle – atteint profondément l'intéressé dans son mode de vie. C'est pourquoi ses effets étendus ne peuvent être considérés comme admissibles qu'à la condition que, du point de vue économique, un besoin sérieux de protection soit établi. **3.** En cas d'urgence, l'autorité prend d'office les mesures provisoires nécessaires (art. 386 al. 1 aCC), le cas échéant prive provisoirement de l'exercice des droits civils la personne à interdire. L'institution provisoire d'un conseil légal dans l'une de ses trois formes est possible par application analogique de l'art. 386 al. 2 aCC car une telle mesure constitue un cas d'application du principe «in maiore minus» par rapport à l'interdiction provisoire prévue par cet alinéa. **4.** Conditions réalisées in casu. **5.** Refus d'approuver le financement de l'achat d'un studio par la curatrice jusque-là en place. Les art. 421 et 422 aCC prévoient que certains actes du tuteur doivent être approuvés par les autorités de tutelle. Pour obtenir ce consentement, le tuteur doit présenter une requête, à laquelle il joint les documents nécessaires pour permettre à l'autorité tutélaire de prendre une décision en connaissance de cause. L'art. 424 aCC renvoie aux art. 410 s. aCC, applicables par analogie, en cas de défaut de consentement de l'autorité de tutelle (le consentement de l'autorité de tutelle peut être donné, de manière expresse ou tacite, antérieurement à l'acte, mais aussi postérieurement à celui-ci, par ratification). Tant que le consentement fait défaut, l'acte n'est pas nul, mais seulement boiteux. **6.** Ces dispositions sont applicables par analogie aux actes de représentation du curateur (art. 367 al. 3 aCC), mais non aux actes du pupille sous curatelle lui-même, dès lors qu'il conserve l'exercice de ses droits civils (art. 417 al. 1 aCC). **7.** L'institution d'une

curatelle volontaire présuppose toutefois que la personne qui en fait la demande soit empêchée de gérer convenablement ses affaires en raison d'une faiblesse sénile, d'une infirmité ou de son expérience (art. 394 en relation avec l'art. 372 aCC). Il incombe par conséquent au curateur qui se voit confier l'administration ou la surveillance des biens du pupille une obligation de diligence et de maintien de la substance de ce patrimoine (art. 419 al. 1 aCC; *Arrêt du TF 5A_19/2012*, RJ 122-12): il doit empêcher une éventuelle dilapidation des biens du pupille, notamment en prenant des mesures de nature à protéger son patrimoine ou encore en requérant de l'autorité de tutelle qu'elle examine la possibilité d'instituer une mesure tutélaire plus incisive si les mesures qu'il prend dans la limite de ses compétences restent vaines. Il lui appartient de veiller à l'ensemble des intérêts de la personne protégée et faire par conséquent en sorte que ses dépenses ne prétérissent pas de façon significative le maintien de son niveau de vie durant ses vieux jours. Compte tenu du fait que les personnes d'un âge avancé sont plus facilement confrontées à des frais de soins importants, les devoirs d'assistance et de maintien de la substance du patrimoine qui incombent au curateur sont d'autant plus patents lorsque le pupille a déjà un certain âge. **8.** En l'espèce, la curatrice a utilisé une somme importante provenant des comptes de sa pupille aux fins d'acquiescer un bien immobilier en son nom. Il faut admettre l'existence d'une donation (art. 239 CO) de la mère à sa fille, et par conséquent d'un contrat liant la pupille à sa curatrice. Ce contrat n'était pas nul, mais requérait le consentement de l'autorité tutélaire de surveillance pour être validé (art. 422 ch. 7 aCC). **9.** Si l'on peut comprendre que la pupille ait voulu aider sa fille qui devait trouver dans l'urgence un nouveau logement – le sien ayant été détruit par un incendie –, rien n'explique pour quelle raison le bien a été acquis par sa fille en son propre nom, et non par sa mère. En l'espèce, la curatrice n'a non seulement pas empêché sa pupille de diminuer fortement sa fortune mais y a au contraire participé activement en sa qualité de bénéficiaire de cette importante donation, violant ainsi de façon patente son devoir d'assistance et de diligence quant au maintien de la substance du patrimoine de sa pupille, au demeurant d'un âge avancé.

Remarque: Les mesures provisoires sont désormais fondées sur l'art. 445 CC, qui permet également un retrait provisoire (total ou partiel) de l'exercice des droits civils. Les développements du TF sur le devoir d'assistance du curateur lorsque la personne concernée conserve l'exercice des droits civils (l'accord de l'APA n'étant alors en principe pas nécessaire, art. 416 al. 2 CC) et sur l'approbation des contrats entre curateur et personne concernée (art. 416 al. 3 CC) sont transposables au nouveau droit. Ce cas de figure intra-familial (la curatrice étant la fille de la personne protégée) montre une fois encore combien l'autorité de protection devra être prudente dans l'application de l'art. 420 CC (dispense de certaines obligations en cas de curatelle confiée à des proches).

RJ 34-13**Pouvoirs de recourir**

Arrêt du TF 5A_575/2012 du 19 octobre 2012 (d):

1. Sous réserve d'un intérêt virtuel au recours, le prononcé d'une mesure d'interdiction fait perdre son objet au recours déposé contre une privation provisoire de l'exercice des droits civils (art. 386 al. 2 aCC). **2.** Il n'est pas arbitraire de considérer que des pouvoirs de représentation en matière médicale, donnés par une procuration privée, ne comprennent pas le pouvoir de recourir contre un retrait provisoire de l'exercice des droits civils du donneur de procuration.

RJ 35-13**Recours «tutélaire» et droits strictement personnels**

Arrêt du TF 5A_658/2012 du 19 décembre 2012 (d):

1. Recours d'un interdit contre la décision d'approbation d'une convention de partage prise par l'autorité tutélaire (art. 421 ch. 9 aCC). **2.** Même interdit, le pupille capable de discernement conserve l'exercice des droits strictement personnels. Le recours de l'art. 420 aCC en relève, de même que les autres procédures dans lesquelles la capacité civile active de l'intéressé et sa capacité d'ester en justice sont précisément en jeu. **3.** En revanche, la défense d'intérêts économiques propres ne relève pas de l'exercice des droits strictement personnels (cf. Arrêt du TF 5P.408/2003, RJ 29-04). Le pupille doit alors recueillir l'accord du tuteur ou – en cas de conflit d'intérêts – la désignation d'un curateur ad hoc. A défaut, il n'a pas la capacité d'ester en justice. **4.** La conclusion d'une convention de partage successoral ne concerne pas l'exercice de droits strictement personnels, mais bien au contraire une affaire purement patrimoniale. Il en va de même de la contestation d'une convention signée par le tuteur. **5.** Le pupille capable de discernement peut, en principe, valablement se plaindre d'une violation du droit d'être entendu dans la procédure. Il ne peut cependant pas le faire lorsque le procès porte exclusivement sur des intérêts de nature économique. **6.** En l'espèce, le pupille peut en revanche invoquer une violation de l'art. 409 aCC (droit d'être consulté pour les actes importants d'administration, comp. art. 406 al. 1 CC), qui n'est cependant pas réalisée en l'espèce.

Remarque: Nous avons déjà critiqué cette jurisprudence bien trop restrictive (remarque *ad* RJ 29-04): dans le cadre de l'art. 420 aCC, l'objet matériel de la contestation ne devrait pas jouer de rôle. La personne capable de discernement devrait pouvoir recourir seule contre tout acte du mandataire tutélaire ou de l'autorité, l'art. 69 CPC étant réservé (qu'il soit repris par le droit cantonal ou que l'art. 450f CC le rende applicable).

RJ 36-13**Approbation des comptes et responsabilité**

Arrêt du TF 5A_587/2012 du 23 novembre 2012 (f):

1. L'approbation des comptes n'exclut pas l'exercice de l'action en responsabilité à l'encontre du curateur, dont les conditions relèvent de la compétence exclusive du juge (art. 430 aCC, applicable à la curatelle). Appelées à approuver les comptes

ou à fixer la rétribution (art. 416 aCC), les autorités de tutelle cantonales n'avaient pas à se prononcer sur les prétendus manquements du curateur et à inscrire à l'actif du compte final les créances en dommages-intérêts correspondantes. **2.** Le non-respect de l'art. 453 al. 2 aCC (information sur l'action en responsabilité) est sans incidence sur la validité du compte final, mais influe sur le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité.

RJ 37-13

Communication d'informations policières concernant une tutrice officielle

Arrêt du TF 6B_28/2012 du 11 décembre 2012 (d):

1. Divulgarion par la police d'éléments relatifs à la tutrice officielle de la commune (elle a été l'auteur de nombreux appels «anonymes» dénonçant des délits sexuels imaginaires commis à l'endroit de tiers, a séjourné en établissement psychiatrique dans le cadre d'une PLAFa remontant à une dizaine d'années, etc.). **2.** Plainte pour violation du secret de fonction (art. 320 CP). **3.** Selon la loi cantonale (AR) sur la police, des données peuvent être communiquées pour servir à l'accomplissement d'une tâche publique; la divulgation est alors couverte par l'art. 14 CP. **4.** Tel est le cas ici de la communication à la commune, autorité d'engagement et autorité tutélaire, d'éléments qui pourraient conduire à la destitution de la tutrice selon l'art. 445 aCC, dans l'intérêt des pupilles.

RJ 38-13

Expertise lacunaire (PLAFa)

Arrêt du TF 5A_879/2012 du 12 décembre 2012 (d):

1. Une décision cantonale de PLAFa non encore mise en œuvre peut faire l'objet d'un recours au TF: l'intérêt au recours selon l'art. 76 al. 1 let. b LTF existe bel et bien puisque la décision peut à tout moment être exécutée tant qu'elle n'a pas été levée par l'autorité compétente en vertu de l'art. 397b al. 3 aCC. **2.** Rappel de la jurisprudence relative à l'expertise exigée par l'art. 397e ch. 5 aCC (ATF 137 III 289; *Arrêt du TF 5A_288/2011*, RJ 78-11). **3.** En l'espèce, l'expertise ne démontre pas quel est le risque concret auquel l'intéressé (qui souffre d'alcoolisme chronique avec cirrhose du foie) serait exposé si la thérapie envisagée n'était pas appliquée. Le juge ne peut pas se contenter de se référer de façon générale aux données de la littérature sur le taux de mortalité des personnes atteintes d'une cirrhose du foie. **4.** Le TF fixe un délai de 30 jours à l'autorité cantonale (BS) pour compléter l'état de fait et décider à nouveau, faute de quoi la décision entreprise deviendra caduque.

C. Autres domaines apparentés

RJ 39-13

Contrat d'assistance

Arrêt du TF 4A_176/2012 du 28 août 2012 (d):

1. Contrat d'assistance en EMS, résilié par l'établissement. Echec de la procédure de contestation du congé devant l'autorité compétente en matière de baux. Déci-

sion d'expulsion en première instance fondée sur l'art. 257 CPC (cas clair), annulée par l'autorité de recours. **2.** Le TF ne statue pas sur la nature du rapport juridique (droit public ou droit privé), pour des raisons de procédure, mais l'autorité cantonale avait qualifié ce rapport de droit public (et avait donc déclaré la procédure d'expulsion non applicable), notamment parce que les frais d'hébergement ne sont pas négociables et que le résident n'a pas droit à une chambre en particulier. **3.** Le TF nie pour sa part l'existence d'un cas clair au sens du CPC, car il est loin d'être établi que la contestation relève du droit civil; il relève en particulier que dans le cas d'espèce, le home intervient dans le cadre d'un mandat de prestations de la collectivité et que les actions de la société qui l'exploite sont détenues à 100% par la commune.

RJ 40-13

Impôts et garde partagée

Arrêt du TF 2C_122/2012 du 1er novembre 2012 (f):

1. Selon la Circulaire n° 7 de l'Administration fédérale des contributions du 20 janvier 2000, en cas de garde alternée de l'enfant par les deux parents, et à défaut du versement par l'un à l'autre d'une contribution pour l'entretien de l'enfant ou en cas d'égalité des contributions par l'un et l'autre, le critère déterminant pour l'allocation de la déduction sociale pour enfant (cf. art. 213 al. 1 let. a LIFD) et celle pour assurances (cf. art. 212 al. 1 LIFD), ainsi que pour l'octroi du barème favorable de l'art. 214 al. 2 LIFD, consiste en l'importance de la garde exercée par chacun des parents; en cas de garde de même importance, en bénéficie celui des parents qui a le revenu le plus élevé. **2.** La jurisprudence a précisé qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de la répartition découlant du jugement de divorce, qui, en principe, doit seule être prise en compte (cf. ATF 131 II 553). **3.** En l'espèce, dans la mesure où le jugement de divorce alloue aux ex-époux l'autorité parentale conjointe et la garde alternée, avec partage des frais, sur les enfants, les avantages fiscaux doivent être accordés à celui des deux ex-époux ayant bénéficié du revenu le plus élevé pendant l'année d'imposition.

RJ 41-13

Frais de scolarité spécialisée

Arrêt du TF 2C_528/2012 du 2 novembre 2012 (d):

1. Règles de droit cantonal (SZ) relatives au placement en école spécialisée et prise en charge éventuelle d'une telle scolarité dans une école privée. **2.** La priorité accordée par le droit cantonal à une scolarisation en école publique n'est pas contraire à la Constitution fédérale. **3.** Les art. 19 et 62 Cst. féd. donnent droit à bénéficier d'une offre adéquate de formation dans les écoles publiques (large pouvoir d'appréciation des cantons); ils n'ouvrent pas de prétention à obtenir la formation optimale, respectivement la plus adéquate pour l'enfant. La Loi sur l'égalité pour les handicapés (RS 151.3) ne fait que concrétiser les principes constitutionnels.

RJ 42-13***Diffusion à la télévision d'images choquantes pour les mineurs***

Arrêt du TF 2C_738/2012 du 27 novembre 2012 (f):

1. En vertu de l'art. 5 de la Loi fédérale sur la radio et la télévision (RS 784.40), les diffuseurs veillent à ce que les mineurs ne soient pas exposés à des émissions susceptibles de porter préjudice à leur épanouissement physique, psychique, moral ou social, en fixant l'horaire de diffusion de manière adéquate ou en prenant d'autres mesures. **2.** La diffusion d'un reportage consacré à une rétrospective du film gore à une heure de grande écoute (journal télévisé de 19h30 sur la Télévision suisse romande) a contrevenu à cette obligation de par les images diffusées (scènes de meurtre, d'horreur et de torture). **3.** Des extraits plus longs des mêmes films peuvent certes être consultés librement sur internet, sans contrôle et par conséquent également par des mineurs. A la différence de la télévision, cette consultation implique cependant une démarche active, afin de rechercher et de visionner l'extrait souhaité. Cela n'enlève rien au fait que les images diffusées par la télévision, en particulier dans le cadre du journal télévisé, atteignent les téléspectateurs de façon non sollicitée. **4.** Il appartient en première ligne aux parents de contrôler le contenu des émissions qui pourraient nuire à l'épanouissement de leurs enfants. L'art. 4 al. 1 de l'Ordonnance sur la radio et la télévision (RS 784.401) vise à leur permettre d'effectuer ce contrôle en imposant au diffuseur de transmettre un avertissement adéquat. **5.** Le reportage en cause ne comprenait aucun logo, mais a seulement été précédé d'une information selon laquelle les images de ce sujet pourraient choquer certaines sensibilités; elle a été dispensée par la journaliste dans les secondes qui ont précédé sa diffusion. Un tel avertissement général ne visait qu'implicitement les enfants, de sorte que l'on peut déjà se demander s'il était suffisant en regard de l'art. 4 al. 1 ORTV. La question peut cependant demeurer incertaine, car, compte tenu du caractère imprévisible et immédiat de l'avertissement dispensé, il n'était pas propre à permettre aux parents de prendre, dans les secondes suivant l'avertissement, les mesures adéquates pour éviter que les jeunes enfants soient confrontés aux scènes de violence figurant dans le reportage. **6.** Les mesures prises par l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision sont conformes en l'espèce aux art. 17 Cst. féd. et 10 CEDH, le TF rappelant que le devoir de protéger les mineurs ressort de l'art. 11 Cst. féd. et de la CDE.