

## Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) novembre 2011 à février 2012<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 1-12*

#### *Interdiction du don d'ovules et de la Fiv avec donneur?*

*Arrêt de la CourEDH (Grande Chambre) du 3 novembre 2011 (S. H. et autres c. Autriche)*

**1.** La législation autrichienne, qui interdit le recours au sperme d'un donneur aux fins de fécondation in vitro et le don d'ovules en général, avait été jugée contraire à l'art. 8 CEDH par un arrêt de Chambre du 1<sup>er</sup> avril 2010 (RJ 50-10). **2.** Tout en confirmant l'application de l'art. 8 CEDH (et en paraissant admettre que le désir de concevoir relève bien de la vie familiale et non seulement de la vie privée), la Grande Chambre estime devoir accorder une large marge d'appréciation aux Etats sur ces questions, vu les délicates interrogations éthiques qu'elles posent dans un contexte d'évolution rapide de la science. **3.** La Cour admet que le législateur ait voulu éviter une dissociation de la maternité entre mère génétique et mère utérine, qui crée des rapports très différents de ceux qui résultent de l'adoption. **4.** La Cour paraît moins convaincue par l'interdiction de l'insémination, mais relève que cette technique soulève des questions sociales et morales complexes qui ne font l'objet d'aucun consensus en Autriche. Le législateur national a cependant cherché à concilier les réalités sociales avec ses positions de principe, en autorisant le don de sperme à des fins de fécondation in vivo et en n'interdisant pas à ses résidents de se rendre à l'étranger pour bénéficier de telles techniques (comment le pourrait-il, *c'est nous qui nous interrogeons?*).

*Remarque:* tout en relevant quatre opinions dissidentes à cet arrêt, on en saluera le résultat s'agissant du don d'ovules: pour une fois, la Cour respecte les inquiétudes du législateur national, qui avaient également entraîné l'adoption de l'art. 4 LPMA en Suisse. Mais un changement de jurisprudence n'est pas exclu: selon la

<sup>1</sup> Cette 25<sup>ème</sup> édition du Résumé de jurisprudence couvre en principe les arrêts rendus ou/et publiés de novembre 2011 à février 2012. 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. L'arrêt 105-11 est publié aux ATF 137 III 475, l'arrêt RJ 114-11 aux ATF 137 I 284.

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.

Cour, le domaine de la procréation artificielle connaît des évolutions scientifiques et juridiques rapides, qui appellent un examen permanent de la part des Etats membres. L'interdiction de la FIV hétérologue paraît en revanche plus difficile à justifier. Mais la Cour a probablement voulu éviter d'accepter une technique au bénéfice des hommes stériles tout en refusant celle qui profite aux femmes.

### **RJ 2-12**

#### ***Désaveu de paternité – refus d'une analyse ADN***

*Arrêt de la CourEDH du 6 décembre 2011 (Iyilik c. Turquie):*

**1.** Demande de révision, au motif de la fiabilité nouvelle des tests ADN, d'un jugement en désaveu de paternité, dans lequel le père juridique avait succombé en 1969. **2.** Il est en principe contraire à l'art. 8 CEDH de ne pas faire prévaloir la réalité biologique sur une présomption légale de paternité. Dans le cas d'espèce, contrairement à d'autres arrêts (Shofman et Mizzi, RJ 1-06, Paulik, RJ 67-06), les intérêts du requérant et de l'enfant ne sont pas convergents, puisque l'enfant refuse de se soumettre à un test. **3.** Ce refus, en présence d'une filiation qui existe de longue date et avec les conséquences patrimoniales que l'action pourrait avoir, a pour conséquence que les intérêts de l'enfant doivent l'emporter.

*Remarque:* l'arrêt est curieux, car il paraît rompre avec la jurisprudence de la Cour (il suffirait pour l'enfant de s'opposer au test pour faire obstacle à un établissement de la véritable paternité [ou non-paternité] biologique). On se référera à cet égard à l'opinion dissidente des juges Pinto de Albuquerque et Keller (juge suisse). L'arrêt ne dit rien non plus de l'action en établissement de sa véritable ascendance ou descendance sans effets d'état civil (et donc sans effets patrimoniaux non plus). Pour une affaire dans laquelle les autorités nationales n'avaient pas mis en place les mesures de protection nécessaires en faveur d'un enfant qui agissait en paternité par l'intermédiaire de sa mère (largement défaillante), ni tiré les conséquences d'un refus du père présumé de participer à une expertise ADN: *Arrêt de la CourEDH du 14 février 2012 (A.M.M. c. Roumanie).*

### **RJ 3-12**

#### ***Droit de visite des parents nourriciers***

*Arrêt de CourEDH du 17 janvier 2012 (Kopf et Liberda c. Autriche):*

**1.** Enfant de 2 ans accueilli par une famille nourricière, qui l'élève pendant 4 ans. La mère biologique en recouvre la garde. Requête de droit de visite des parents nourriciers. **2.** Sur le fond, un tel droit de visite serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (mise en danger de son intégration dans sa nouvelle famille, après plus de trois ans sans contact avec ses parents nourriciers). **3.** En revanche, la durée de la procédure (trois ans et demi) viole l'art. 8 CEDH (le droit de visite aurait probablement été accordé si les autorités n'avaient pas été si lentes à se prononcer!).

**RJ 4-12****Médiation civile en cas de difficultés d'exercice du droit de visite**

*Arrêt de la CourEDH du 6 décembre 2011 (C. Kiliç c. Turquie):*

**1.** Absence de mesures propres à réunir un père avec son enfant: le requérant a formulé au moins à 10 reprises en trois ans des demandes visant à assurer le maintien de ses relations personnelles avec son fils; pendant l'entier de la procédure, le requérant a été privé de contacts avec son fils pendant près de deux ans. **2.** Des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables, mais les autorités peuvent recourir à des sanctions à l'égard du parent qui manifesterait un comportement illégal. Il n'y en a pas eu ici. **3.** De plus, la coopération de l'ensemble des personnes concernées est un facteur primordial. Or le système judiciaire turc ne connaît pas la médiation civile, qui pourrait la favoriser. **4.** Les deux procédures de divorce ont duré ici presque 9 ans, ce qui est aussi contraire, en l'espèce, à l'art. 6 § 1 CEDH.

*Remarque:* pour une affaire dans laquelle la Turquie a violé l'art. 8 CEDH par les délais mis pour se prononcer définitivement sur l'autorité parentale et pour attribuer le droit de visite, ainsi que par l'absence de mise en œuvre effective du droit de visite de la mère, *Arrêt de la CourEDH Kuscuoglu c. Turquie du 3 novembre 2011* (le père avait enlevé son fils à quatre reprises en deux ans). Cf. en outre l'*Arrêt de la CourEDH du 21 février 2012 (Karrer c. Roumanie)*: violation de l'art. 8 CEDH dans une affaire d'enlèvement international d'enfant, car les autorités n'ont pas examiné l'intérêt supérieur de l'enfant ni permis au père de faire valoir sa position, et ont consacré 11 mois au total à la procédure

**RJ 5-12****Rétention de jeunes migrants**

*Arrêt de la CourEDH du 19 janvier 2012 (Popov c. France):*

**1.** Rétention d'une famille de ressortissants kazakhstanais, dont la demande d'asile a été rejetée, dans un centre de rétention spécifiquement destiné à accueillir des familles (celles-ci étant séparées des autres détenus). **2.** Lits en fer; aucune activité ou espace de jeux pour les enfants (ici âgés de cinq mois et trois ans); dangerosité liée à la fermeture automatique des portes de chambre. Un enfermement de très jeunes enfants, même accompagnés de leurs parents, pendant 15 jours dans de telles conditions, viole l'art. 3 CEDH (situation d'angoisse et graves répercussions psychiques, alors que les enfants sont déjà particulièrement vulnérables). **3.** Violation de l'art. 5 CEDH: pas de prise en compte de la situation des enfants (art. 5 § 1 let. f CEDH); pas de décision individuelle les concernant, avec une possibilité de recours propre (art. 5 § 4 CEDH). **4.** Violation de l'art. 8 CEDH: pas de nécessité impérieuse d'une rétention de mineurs accompagnés (la France étant l'un des trois seuls pays européens qui y recourent systématiquement).

*Remarque:* à suivre la CourEDH, l'autorité devrait signifier une décision séparée à chaque membre de la famille, pour ouvrir des possibilités individuelles de recours. La Cour ne va certainement pas contribuer à la «débureaucratization» de

l'activité administrative par de telles exigences ... Il est vrai qu'elle croule elle-même sous 150 000 dossiers à traiter!

### **RJ 6-12**

#### ***Déchéance de la capacité juridique (exercice des droits civils)***

*Arrêt de la CourEDH du 3 novembre 2011 (X. et Y. c. Croatie):*

Violation de l'art. 8 CEDH pour avoir privé de sa capacité juridique une personne qui avait effectué deux séjours dans un établissement psychiatrique dont elle était sortie avec un pronostic favorable, et qui pouvait vivre seule et subvenir à ses besoins (la procédure avait été ouverte sur la base du rapport d'un expert qui n'avait parlé qu'une seule fois au téléphone avec l'intéressée!).

*Remarque:* l'intéressée était très revendicatrice et parfois insultante s'agissant de la manière dont sa mère était traitée en EMS. A l'évidence, la mesure de «protection» avait été prise pour la ramener à la «normalité» sociale. Dans un arrêt rendu par la Grande Chambre le 17 janvier 2012 (*Stanev c. Bulgarie*), la CourEDH a jugé que la détention dans une institution psychiatrique (dans des conditions inhumaines et pendant sept ans) d'un homme diagnostiqué schizophrène (alors qu'il souffrait en réalité de problèmes d'alcool) violait notamment l'art. 3 et l'art. 5 CEDH; elle déduit aussi de l'art. 6 § 1 CEDH le droit pour toute personne déclarée partiellement incapable (voire pour toute personne déclarée totalement incapable) d'accéder à un tribunal pour demander le rétablissement de sa capacité.

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

### *1 Filiation*

#### 1.1 Établissement de la filiation

#### 1.2 Effets de la filiation

##### *1.2.1 Autorité parentale et garde, relations personnelles*

### **RJ 7-12**

#### ***Suppression de l'autorité parentale conjointe***

*Arrêt du TF 5A\_831/2010 du 14 novembre 2011 (f):*

**1.** Toute modification (art. 134 al. 1 CC) des droits parentaux suppose que la nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. Même si la maxime inquisitoire est applicable, le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification, l'évolution prévisible de la situation devant toutefois être prise en considération. Si l'on peut admettre qu'il faille tenir compte de circonstances nouvelles jusqu'à la fin de la

<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».

procédure probatoire de première instance, il n'en va pas de même sans autre ultérieurement. **2.** Rappel de la jurisprudence relative à la suppression de l'autorité parentale conjointe: il faut que les fondements essentiels de la responsabilité commune des parents n'existent plus et que, dans l'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale doit être attribuée à l'un d'entre eux seulement. Tel est le cas lorsque la capacité et la volonté des parents de coopérer ont disparu. Le dépôt par un parent ou par l'enfant lui-même d'une requête en modification de l'autorité parentale conjointe constitue un indice que l'autorité parentale conjointe ne répond plus à l'intérêt de l'enfant. **3.** Rappel des critères d'attribution de l'art. 133 al. 2 CC. **4.** En l'espèce, attribution au père seul et suppression de la garde alternée mise en place au moment du divorce.

*Remarque:* Sur ces mêmes questions, cf. aussi l'Arrêt du TF 5A\_793/2011 du 3 février 2012 (d). Au consid. 6.8, le TF refuse l'argument tiré de la modification en cours du droit de l'autorité parentale, qui devrait permettre à tout père non marié qui a reconnu l'enfant – hormis dans les cas qui relèveraient aujourd'hui de l'art. 311 CC – d'être investi de l'autorité parentale conjointement avec la mère (cf. FF 2011 8315 ss): le nouveau droit se fonde en effet sur une conception différente du droit actuel, et ne fait pas que le concrétiser. Pour un ex. d'attribution de droits parentaux (ici du droit de garde) au père, en mesures protectrices de l'union conjugale: Arrêt du TF 5A\_602/2011 du 10 novembre 2011 (d).

### **RJ 8-12**

#### **Interdiction de déménagement en France**

*Arrêt du TF 5A\_643/2011 du 22 novembre 2011 (f):*

**1.** Interdiction faite à la mère, en mesures provisoires de divorce, de déménager du canton de Neuchâtel en France, sous menace des peines de l'art. 292 CP. **2.** Rappel des notions d'autorité parentale et de droit de garde. **3.** Le titulaire unique du droit de garde peut, sous réserve de l'abus de droit – par ex. s'il n'a pas de motif plausible ou si son seul but est de rendre plus difficiles les relations entre l'enfant et l'autre parent –, déménager à l'étranger avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent, le droit de visite devant alors être adapté en conséquence. En cas de menace sérieuse pour le bien de l'enfant, l'autorité peut toutefois interdire le départ à l'étranger, en se fondant sur l'art. 307 al. 3 CC (ATF 136 III 353). **4.** En règle générale, des difficultés initiales d'intégration ou de langue ne représentent pas un danger sérieux pour l'intérêt de l'enfant, pas plus que la perspective d'un changement d'établissement scolaire ou les limitations de l'exercice du droit de visite résultant d'un éloignement. Tel peut en revanche être le cas lorsque l'enfant souffre d'une maladie et ne pourrait bénéficier des soins médicaux nécessaires dans son nouveau lieu de résidence, lorsqu'il est profondément enraciné en Suisse et n'a guère de liens avec l'endroit de destination ou encore lorsqu'il est relativement proche de la majorité et, qu'une fois celle-ci atteinte, il retournera probablement vivre en Suisse. **5.** En présence d'un tel danger, une attribution du droit de garde à l'autre parent s'imposera le plus souvent, de sorte que la question d'une mesure de protection selon l'art. 307 CC ne se posera plus. **6.** En l'espèce, le déménagement envisagé l'est pour quelques mois seulement, ce qui im-

plique une démarche en sens inverse à l'échéance de cette période; les enfants, tous deux adoptés, sont particulièrement sensibles aux ruptures en raison de leur histoire personnelle et vivent une phase cruciale de leur développement scolaire. L'une des enfants s'est en outre opposée à ce projet, une opposition que l'autorité cantonale a appréciée aux côtés des autres éléments (sans lui accorder un poids exclusif). Enfin, la mère est fragilisée et serait seule pour faire face à l'ensemble des besoins psychologiques, affectifs et éducatifs des enfants, privés de leurs thérapeutes respectifs et de relations personnelles régulières avec leur père.

### **RJ 9-12**

#### ***Interdiction de déménagement en Tunisie et entretien***

*Arrêt du TF 5A\_483/2011 et 5A\_504/2011 du 31 octobre 2011 (f):*

**1.** La recourante se prévaut de l'ATF 136 III 353 (cf. aussi RJ 52-11 et ci-dessus RJ 8-12) pour fonder son droit de déménager avec les enfants en Tunisie. **2.** Un tel déplacement à l'étranger ne doit pas mettre en péril le bien-être des enfants. Une langue d'enseignement et une culture différentes, mais aussi l'enseignement religieux prévu, sont objectivement de nature à créer un déracinement culturel. A cela s'ajoute que les conditions de vie des enfants en Tunisie seraient précaires, financièrement et sur le plan légal (régime politique instable, enfants ayant un simple statut de touristes et n'étant pas couverts par une assurance maladie/accident). Ils n'ont par ailleurs aucune famille ni connaissance en Tunisie, à part leur mère et l'ami de celle-ci. La modification du jugement de divorce et l'attribution de l'autorité parentale au père sont donc justifiées. **3.** L'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier: le minimum vital LP doit en principe être préservé. Dans certaines circonstances, il est possible d'exiger du parent gardien qu'il contribue à l'entretien de l'enfant, en sus des soins et de l'éducation, par des prestations en argent. **4.** Rappel de la jurisprudence sur le revenu hypothétique pouvant être imputé au débirentier. **5.** En principe, on ne peut exiger d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50% avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de 10 ans révolus, et de 100% avant qu'il n'ait atteint l'âge de 16 ans révolus. Ces lignes directrices ne sont toutefois pas des règles strictes; leur application dépend des circonstances du cas concret. **6.** En l'occurrence, la mère a cessé son activité lucrative avant de quitter la Suisse. Elle a accouché d'un troisième enfant et vit actuellement en Tunisie avec son ami, sans avoir réglé son statut dans ce pays. L'unique source de revenu du ménage est constituée du bénéfice de l'activité indépendante de l'ami de la mère. Il ne ressort pas des constatations de l'autorité précédente que la mère pourrait bénéficier d'un permis de travail et effectivement trouver un emploi dans ce pays, vu notamment sa formation et le marché du travail.

**RJ 10-12*****Garde alternée ou conjointe et entretien***

*Arrêt du TF 5A\_497/2011 du 5 décembre 2011 (f):*

**1.** Rappel des notions d'autorité parentale et de droit de garde. **2.** L'admissibilité d'un accord sur l'autorité parentale conjointe après divorce (art. 133 al. 3 CC) doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, telles que l'âge de l'enfant, la proximité des logements parentaux entre eux et avec l'école, la capacité de coopération des parents. Selon la jurisprudence, l'instauration d'un droit de garde conjoint présuppose en tous les cas l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté. **3.** En l'espèce, la communication minimale entre les parents nécessaire à une garde alternée n'existait pas, sans compter des désaccords importants notamment sur le lieu de vie et de scolarisation des enfants. **4.** Quant à la question de savoir si le père serait lié par le consentement donné à la garde alternée, le sort des enfants est soumis à la maxime d'office de sorte que le juge n'est pas lié par les conclusions des parties mêmes si elles concordent. De plus, l'admissibilité d'un tel accord doit être appréciée à l'aune du bien des enfants. **5.** L'application de l'arrêt Zaunegger du 3 décembre 2009, qui concerne l'autorité parentale conjointe de parents non mariés, n'a pas été admise à ce jour dans le cadre de l'art. 133 CC (applicable en mesures protectrices et provisionnelles); qui plus est, la mère ne saurait se prévaloir de cette jurisprudence dès lors que ce n'est pas le défaut d'accord du père mais bien le manque de coopération et de communication entre les parents concernant les enfants qui a conduit au refus de l'instauration d'un droit de garde conjoint. **6.** Rappel des principes relatifs à l'audition de l'enfant (notamment ATF 133 III 553). En l'espèce, les enfants avaient été entendus à deux reprises déjà par le service de protection des mineurs, sans modifier leur avis; comme il s'agit de mesures provisoires, ils pourront, si nécessaire, à nouveau être entendus avant qu'une décision ne soit prise sur le fond. **7.** Rappel des conditions d'attribution du droit de garde en mesures protectrices ou mesures provisoires. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde (ici le père, qui n'avait toutefois eu qu'une garde de fait, car c'est la mère à qui le droit de garde avait été attribué par un premier jugement!) pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires. **8.** Contribution d'entretien jugée arbitraire et revue par le TF, en tenant notamment compte du fait que le droit de visite de la mère (débitrice d'entretien) correspond presque à un 50% du temps.

**RJ 11-12*****Attribution des droits parentaux et audition de l'enfant***

*Arrêt du TF 5A\_793/2010 du 14 novembre 2011 (f):*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative au refus d'une requête d'expertise (par appréciation anticipée des preuves). **2.** Rappel de la jurisprudence relative à l'audition de l'enfant. Si celle-ci est en principe effectuée par la juridiction compétente elle-même, elle peut aussi l'être par un spécialiste de l'enfance, en parti-

culier en cas de conflit familial aigu et de dissensions entre les époux concernant le sort des enfants. La prise en compte de l'avis de l'enfant ne signifie par ailleurs pas qu'il faille lui demander s'il veut continuer à vivre auprès de son père ou de sa mère: le juge doit se faire une idée de l'importance qu'ont les parents aux yeux de l'enfant. En règle générale, il faut partir de l'idée qu'en ce qui concerne la question de l'attribution de l'autorité parentale, un enfant n'est capable de discernement qu'à partir de l'âge de douze ans. **3.** En l'espèce, les enfants (nés en 1999 et en 2000) ont été entendus par la curatrice, qui est aussi assistante sociale. Les juges précédents ont relevé que le conflit entre les parents était tellement aigu et chronique que l'audition des enfants par le biais d'un tiers spécialisé permettait de sauvegarder leur intérêt; comme ceux-ci ne parlaient que le suisse-allemand, il était par ailleurs préférable qu'ils soient entendus directement dans cette langue par une curatrice, plutôt qu'en français, par un juge du for assisté d'un interprète. **4.** Rappel des critères d'attribution de l'autorité parentale (art. 133 al. 2 CC). **5.** En l'espèce, on ne saurait faire abstraction de la situation entérinée par les mesures protectrices, qui dure depuis près de cinq ans, et qui voit les fillettes vivre avec leur père. Celui-ci est certes moins disponible personnellement, mais les fillettes sont âgées de 12 ans pour l'aînée et de presque 11 ans pour la cadette: une grande partie de leur journée se déroule en milieu scolaire, et non auprès de celui des parents qui en a la garde. Une modification de l'autorité parentale et de la garde entraînerait de surcroît un changement important dans leur environnement, puisqu'elles se verraient contraintes de quitter leur école et leurs amis pour venir vivre dans une autre région linguistique, avec laquelle elles n'ont aucun lien si ce n'est celui qu'elles entretiennent avec leur mère. **6.** Le principe de la proportionnalité est la pierre angulaire du système de protection civile de l'enfant. L'institution d'une curatelle au sens de l'art. 308 CC suppose d'abord que le développement de l'enfant soit menacé et qu'il ne puisse être prévenu par les père et mère eux-mêmes, ni par les mesures plus limitées de l'art. 307 CC (principe de subsidiarité). L'intervention active d'un conseiller doit apparaître appropriée pour atteindre ce but (principe de l'adéquation). **7.** L'institution d'une curatelle destinée à la surveillance du droit de visite, selon l'art. 308 al. 2 CC, est particulièrement indiquée en cas de divorce ou de séparation. Dans ces situations, un des époux peut perdre l'autorité parentale sur les enfants et il subsiste très souvent une situation de conflit avec le conjoint. Une curatelle éducative pour la surveillance des relations personnelles devrait toujours être instituée quand il existe un grave danger que des difficultés surgissent dans l'exercice du droit de visite de la part de l'époux auquel l'autorité parentale n'a pas été confiée (notamment lorsque de telles difficultés ont déjà été constatées durant le procès en divorce).

*Remarque:* On s'étonnera qu'une audition par le curateur, que l'ATF 133 III 553 jugeait insuffisante, soit ici admise sans réserve. Pour une affaire semblable (attribution de l'autorité parentale au père, droit de visite pour la mère, avec curatelle selon l'art. 308 CC): *Arrêt du TF 5A\_381/2011 du 10 novembre 2011 (d).*

**RJ 12-12*****Audition obligatoire de l'enfant en vertu de la maxime inquisitoire?***

*Arrêt du TF 5A\_402/2011 du 5 décembre 2011 (f):*

**1.** La doctrine est divisée sur le point de savoir si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC pour l'admission de faits et moyens de preuve nouveaux en appel valent aussi bien pour les procès régis par la maxime inquisitoire que pour ceux soumis à la maxime des débats. Il n'est pas arbitraire de soutenir que tel est le cas. **2.** Rappel de la jurisprudence relative à l'audition de l'enfant (désormais art. 298 al. 1 CPC). En vertu de la maxime d'office, le juge est tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose. Même si les faits pertinents sont parfaitement établis, l'audition reste un droit personnel de l'enfant sur l'exercice duquel il doit pouvoir s'exprimer; le juge a donc l'obligation de l'informer de son droit. **3.** En l'espèce, l'art. 298 al. 1 CPC aurait commandé d'entendre les enfants ou, tout au moins, de se poser la question d'une telle audition, puisque celle-ci est possible à partir de six ans révolus et que les enfants étaient alors âgés de 8 et 11 ans. Le juge précédent a donc arbitrairement appliqué le droit fédéral. *Remarque:* Il résultait de l'Arrêt 5A\_43/2008 (RJ 42-08) que le juge devait entendre l'enfant même sans requête des parties lorsque cette audition était nécessaire à l'établissement des faits. Le TF semble aller plus loin ici et l'exiger par principe (toujours sous réserve de l'âge ou d'autres motifs s'y opposant): en d'autres termes, requête ou non des parties, le juge devrait au moins interpellier l'enfant sur son souhait d'être entendu.

**RJ 13-12*****Droit de visite et effet suspensif***

*Arrêt du TF 5A\_861/2011 du 10 janvier 2012 (f):*

Une décision sur le droit de visite prise en mesures protectrices ou en mesures provisionnelles est susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (ATF 137 III 475, RJ 105-11); elle peut a fortiori entraîner un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 315 al. 5 CPC, ce qui justifie d'accorder exceptionnellement un effet suspensif à l'appel.

**1.2.2 Entretien****RJ 14-12*****Revenus effectifs***

*Arrêt du TF 5A\_234/2011 du 21 novembre 2011 (f):*

**1.** Rappel de jurisprudence sur l'appréciation d'une expertise et sur les critères de fixation du droit de visite, d'une part, sur les critères de fixation de l'entretien, d'autre part. **2.** Le niveau de vie pertinent du débirentier est celui qu'il mène concrètement en utilisant sa fortune et ses revenus. Le fait que le recourant profite d'un appartement, même luxueux (mis à disposition par son propre père, fortuné), pour un loyer modeste n'élargit pas sa capacité contributive, si ce n'est qu'il restreint sa charge de logement. **3.** Pour le reste, ni le montant, ni le carac-

tère actuel, ou encore la régularité, du soutien financier du père du recourant ne sont établis, de sorte qu'on ne peut pas considérer qu'il tirerait un revenu de l'aide de son père, lequel lui permettrait d'étendre sa capacité contributive.

### **RJ 15-12**

#### ***Prise en compte de la fortune dans le calcul de la capacité contributive***

*Arrêt du TF 5A\_827/2010 du 13 octobre 2011 (f):*

**1.** Pour fixer le montant et la durée de la contribution d'entretien post-divorce, le juge doit tenir compte des critères énumérés de façon non exhaustive à l'art. 125 al. 2 CC, en particulier ceux relatifs à la fortune des époux (art. 125 al. 2 ch. 5 CC). **2.** Le revenu de la fortune est pris en considération au même titre que le revenu de l'activité lucrative et, lorsque la fortune ne produit qu'un faible rendement, il peut être tenu compte d'un revenu hypothétique. **3.** Lorsque les revenus du travail des époux suffisent à leur entretien, la substance de la fortune n'est normalement pas prise en considération, même si en soi, rien ne s'y oppose (l'art. 125 al. 2 ch. 5 CC place les deux facteurs sur un pied d'égalité). **4.** Mais pour la fixation de l'entretien du conjoint après la retraite, suivant la fonction et la composition de sa fortune, on peut attendre du débiteur d'aliments – comme du créancier – qu'il en entame la substance, en particulier lorsqu'elle a été accumulée dans un but de prévoyance pour les vieux jours. En revanche, la fortune n'est en principe pas mise à contribution lorsque les biens patrimoniaux ne sont pas aisément réalisables, qu'ils ont été acquis par succession ou investis dans la maison d'habitation. **5.** En outre, pour respecter le principe d'égalité entre les époux, on ne saurait exiger d'un conjoint qu'il entame sa fortune que si l'on impose à l'autre d'en faire autant.

*Remarque:* l'arrêt concerne un cas d'application de l'art. 125 CC, mais les règles sont *mutatis mutandis* les mêmes dans le cadre de l'art. 285 CC.

### **RJ 16-12**

#### ***Entretien et abus de droit – modifications prévisibles ou prévues des circonstances***

*Arrêt du TF 5A\_618/2011 du 12 décembre 2011 (d):*

**1.** Le devoir d'entretien de l'enfant mineur est indépendant du droit aux relations personnelles et n'est soumis à aucune condition. **2.** Ce principe trouve sa limite dans l'interdiction de l'abus de droit prescrite par l'art. 2 CC. **3.** Un abus de droit n'est retenu que dans des cas très exceptionnels (ATF 120 II 177): par ex. lorsque les engagements financiers du débiteur de la pension dépassent largement les normes usuelles, au point de constituer un complément significatif dont bénéficie directement le détenteur de l'autorité parentale (pension déguisée), et que ce dernier viole gravement ses devoirs. Une réserve s'impose lorsqu'il s'agit de sanctionner le comportement abusif d'un enfant mineur, même proche de la majorité, qui refuserait sans motif, consciemment et contrairement à ses devoirs filiaux, toute relation personnelle avec l'autre parent: seul ce qui dépasse le montant nécessaire à l'entretien et à la formation pourrait alors le cas échéant être réduit. **4.** Lorsque le comportement prétendument abusif est celui non de l'enfant

mais du détenteur de l'autorité parentale (bien que celui-ci soit le représentant légal de l'enfant et fasse valoir en son nom la prétention d'entretien), la retenue sera encore plus grande. **5.** Ces critères restrictifs s'appliquent aussi bien lorsqu'il s'agit de statuer sur une réduction de la contribution que sur un refus de l'augmenter. **6.** L'on peut partir de la présomption que les modifications prévisibles des circonstances ont été prévues et prises en compte au moment du jugement initial. Mais l'augmentation des revenus du débiteur ou son remariage n'étaient pas prévisibles; la présomption est donc renversée. **7.** Le TF confirme une nouvelle fois (cf. déjà ATF 137 III 102, 109) que la ligne directrice liée à l'âge des enfants (règle des 10/16 ans) reste valable même dans les circonstances sociales actuelles (le père affirmait – et l'on ne peut avoir qu'une certaine sympathie pour ce point de vue – qu'une activité à temps complet ou à 80% pourrait être exigée de la mère lorsque le plus jeune des enfants a 12 ans).

### **RJ 17-12**

#### ***Entretien et impôts***

*Arrêt du TF 5A\_608/2011 du 13 décembre 2011 (f):*

**1.** Dans les situations financières modestes, la charge fiscale du débirentier ne doit, en principe, pas être prise en compte dans le calcul de son minimum vital du droit de la famille (ATF 128 III 257 et ATF 127 III 289). **2.** En l'espèce, les revenus mensuels des parties totalisent CHF 7880 et suffisent à peine à couvrir les frais supplémentaires liés à l'existence de deux ménages (solde disponible des époux après entretien des enfants: CHF 186). La juridiction précédente n'a pas fait preuve d'arbitraire en excluant la charge fiscale du calcul du minimum vital. *Remarque:* Pour un cas où les impôts ont en revanche été pris en compte (disponible mensuel des époux de CHF 2572), cf. l'Arrêt du TF 5A\_302/2011 du 30 septembre 2011 (f). Dans l'Arrêt 5A\_592/2011 du 31 janvier 2012 (f), le TF rappelle que les impôts doivent toujours être pris en compte lorsque le débirentier est imposé à la source ou – comme dans le cas d'espèce – lorsque son employeur procède chaque mois à une retenue pour impôts (il est placé de fait dans la même situation qu'un contribuable imposé à la source).

### **RJ 18-12**

#### ***Revenu hypothétique et revenu d'insertion***

*Arrêt du TF 5A\_248/2011 du 14 novembre 2011 (f):*

**1.** Le fait qu'un débirentier bénéficie d'un revenu d'insertion ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. 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 social; 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 notamment se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurances sociales (ATF 137 III 118). **2.** L'octroi d'un revenu d'insertion depuis plusieurs années constitue tout au plus un indice (de fait) permettant

de retenir qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se trouver sans revenus et qu'elle a fait des recherches pour retrouver un emploi. **3.** En l'espèce, l'autorité cantonale n'a pas examiné en droit si l'on peut raisonnablement exiger de l'intimé qu'il exerce une activité lucrative, vu son âge, ses qualifications professionnelles et son état de santé. Le fait que l'époux ne puisse être confronté à des situations anxiogènes et qu'il n'ait plus exercé d'activité lucrative depuis l'automne 2008 n'est pas suffisant pour exclure d'emblée toute activité lucrative. L'absence de demande de prestation de l'assurance-invalidité constitue d'ailleurs un indice que l'intimé conserve une capacité de gain résiduelle. **4.** Il appartenait à l'autorité d'examiner, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, si l'intéressé pouvait exercer une activité lucrative et de déterminer spécifiquement le type d'activité professionnelle qu'il pouvait raisonnablement devoir accomplir en vue de réaliser un revenu. Dans l'affirmative, elle établira si la possibilité d'exercer l'activité existe effectivement et quel revenu peut en être retiré compte tenu du marché du travail.

*Remarque:* Le TF paraît confondre ici aide sociale et assurances sociales; il ne prend en tout cas pas garde dans un premier temps au fait que l'intimé ne touchait pas (en plus de l'aide sociale) des prestations des assurances sociales, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'ATF 137 III 118 (RJ 98-11). Il relève toutefois ensuite, à juste titre, que l'absence de rente AI laisse penser que l'intéressé conservait bien une capacité de gain résiduelle.

### **RJ 19-12**

#### ***Entretien d'un enfant majeur – réduction (et non suppression) de la contribution?***

*Arrêt du TF 5A\_560/2011 du 25 novembre 2011 (f):*

**1.** L'obligation d'entretien à l'égard d'un enfant majeur dépend de l'ensemble des circonstances et notamment des relations personnelles entre les parties. L'inexistence de celles-ci attribuée au seul comportement du demandeur d'aliments peut justifier un refus de toute contribution d'entretien. La jurisprudence exige toutefois que l'attitude de l'enfant lui soit imputable à faute: l'enfant doit avoir violé gravement les devoirs qui lui incombent en vertu de l'art. 272 CC, et, dans les cas où les relations personnelles sont rompues, avoir provoqué la rupture par son refus injustifié de les entretenir, son attitude gravement querelleuse ou son hostilité profonde. **2.** Une réserve particulière s'impose pour les manquements d'un enfant de parents divorcés; il faut tenir compte des vives émotions que le divorce des parents peut faire naître chez l'enfant et des tensions qui en résultent normalement. Néanmoins, si l'enfant persiste, après être devenu majeur, dans son attitude de rejet, bien que le parent non gardien se soit comporté correctement envers lui, cette attitude inflexible lui est imputable à faute. **3.** Dans ce domaine, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). **4.** Par analogie avec les art. 125 al. 3 et 329 al. 2 CC, la doctrine admet que la contribution d'entretien puisse être *réduite* dans son montant ou sa durée lorsque la rupture des relations personnelles intervient sans faute exclusive imputable au parent ou à l'enfant majeur. Cette interprétation est confortée par le Message du

Conseil fédéral sur la révision du droit de la filiation (FF 1974 II 58). Le TF a pour l'heure laissé cette question ouverte (ATF 111 II 413; 5A\_563/2008, RJ 27-09; 5C.274/2006 et 5C.94/2006, RJ 11-07; 5C.270/2002, RJ 14-03). **5.** En l'espèce, la responsabilité de la fille (qui a dû bénéficier d'un suivi psychologique depuis l'âge de 5 ans, pendant toute sa minorité) dans la rupture des relations personnelles avec son père peut être exclue. **6.** En ce qui concerne l'absence actuelle de relations personnelles et le refus de renouer contact après qu'elle eut atteint ses dix-huit ans, ses médecins traitants attestent que leur patiente ne saurait y être contrainte sans danger pour sa santé psychique. En revanche, son refus d'entreprendre une thérapie pour soigner sa pathologie à la base de l'absence de relations personnelles avec son père était un choix conscient et volontaire, autrement dit imputable à faute. Elle a toutefois fini par accepter un suivi psychiatrique après une tentative de suicide. **7.** Dans ces conditions, aucune des parties n'endosse la responsabilité exclusive du différend qui les oppose, mais la fille en est partiellement responsable. **8.** Pour le TF, le principe d'une réduction de la contribution n'a pas besoin d'être tranché: en effet, seul le père avait recouru contre la décision cantonale, en concluant à une suppression pure et simple de son obligation; or celle-ci n'entre pas en ligne de compte en l'absence de responsabilité exclusive de sa fille.

*Remarque:* pour un autre arrêt rappelant la jurisprudence relative à la responsabilité de l'enfant dans l'absence de contacts (notamment ATF 113 II 374; ATF 129 III 375; 5C.231/2005, RJ 21-06; 5C.94/2006, RJ 11-07; 5A\_563/2008, RJ 27-09), cf. l'Arrêt du TF 5A\_806/2011 du 26 janvier 2012 (d) (pas de rupture unilatérale et fautive des contacts par l'enfant).

## **RJ 20-12**

### **Avis aux débiteurs – compétence internationale**

*Arrêt du TF 5A\_221/2011 du 31 octobre 2011 (d) (destiné à la publication):*

**1.** Demande d'avis aux débiteur (art. 291 CC) pour des contributions (fondées sur un jugement allemand, déclaré exécutoire en Suisse) dues par le père, domicilié en Suisse, à ses enfants, domiciliés en Allemagne. **2.** Comme l'avis aux débiteurs de l'art. 291 CC n'est pas une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF (ATF 137 III 193), un litige portant sur la compétence internationale est soumis aux règles générales de procédure (avec notamment la faculté d'invoquer l'ensemble des griefs des art. 95 s. LTF). **3.** Rappel des principes applicables en matière d'interprétation des traités internationaux. **4.** Sous l'angle procédural, la jurisprudence qualifie la mesure de mesure d'exécution forcée sui generis. Il en va de même sous l'angle matériel: la systématique du Code civil (note marginale «II. Exécution» pour les art. 290–292 CC) le confirme, puisque l'avis présuppose que la contribution comme telle ait déjà été fixée par jugement ou convention au préalable. **5.** Les mesures de protection au sens de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs sont comprises dans un sens large, puisque l'attribution de l'autorité parentale ou le règlement du droit aux relations personnelles en relèvent. Les décisions déterminant une contribution d'entretien

n'en font en revanche pas partie. **6.** L'avis au débiteur n'est pas une mesure de protection des biens de l'enfant au sens de la CLaH 61 (l'application de cette Convention, avec une compétence des autorités au lieu de la résidence habituelle de l'enfant pourrait au demeurant s'avérer contreproductive pour ses intérêts). **7.** Aucune autre Convention de La Haye ni aucun accord bilatéral entre la Suisse et l'Allemagne ne règlent la compétence directe des autorités en cette matière. **8.** La contestation relative à l'art. 291 CC est en revanche une affaire civile au sens de la Convention de Lugano (tant dans la version de la CL en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 que dans celle applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011). **9.** Il s'agit d'une procédure visant à l'exécution d'une décision, au sens de l'art. 16 ch. 5 aCL, pour laquelle les tribunaux de l'Etat contractant du lieu de l'exécution (ici la Suisse) sont seuls compétents. **10.** La solution serait la même sous l'angle de l'art. 22 ch. 5 CL.

### **RJ 21-12**

#### ***Privilèges de poursuite de la collectivité publique (art. 111 LP/art. 289 al. 2 CC)***

*Arrêt du TF 5A\_404/2011 du 26 janvier 2012 (d) (destiné à la publication):*

**1.** Selon l'art. 289 al. 2 CC, la prétention à la contribution d'entretien passe à la collectivité publique lorsqu'elle celle-ci assume l'entretien de l'enfant, avec tous les droits. Ceux-ci comprennent non seulement la faculté d'exiger un avis au débiteur selon l'art. 291 CC (ATF 137 III 193), mais aussi le droit à la participation à la saisie sans poursuite préalable prévu par l'art. 111 al. 1 ch. 2 LP. Il ne s'agit pas d'un droit inséparable de la personne du créancier originaire au sens de l'art. 170 al. 1 CO. **2.** La différence que l'ATF 116 III 10 fait, en matière d'atteinte portée au minimum vital, selon que le poursuivant est un membre de la famille du débiteur ou la collectivité subrogée n'y change rien, car l'on a affaire dans ce cas à un privilège directement rattaché à la personne du créancier d'entretien. **3.** La collectivité publique bénéficie aussi du privilège de collocation de l'art. 219 al. 4 1<sup>ère</sup> classe LP.

### **RJ 22-12**

#### ***Nature procédurale des décisions de mesures provisoires relatives à l'entretien***

*ATF 137 III 586 (Arrêt du TF 5A\_462/2010 du 24 octobre 2011 [f]):*

**1.** Les mesures provisoires prises en faveur d'un enfant majeur sur la base de l'art. 281 al. 2 aCC sont des mesures d'exécution anticipée de ce qui est demandé au fond, qui sont prononcées pendant la procédure principale et pour la durée de celle-ci. Il s'agit d'une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF (ATF 135 III 238). Cette jurisprudence repose sur le principe que le devoir d'entretien des père et mère de l'enfant majeur revêt un caractère exceptionnel: il faut que les conditions restrictives de l'art. 277 al. 2 CC soient réunies, ce qui expose l'enfant majeur à devoir rembourser au parent défendeur les contributions versées à titre provisoire en cas de rejet de l'action au fond. **2.** Si le principe même du devoir d'entretien des père et mère (art. 277 al. 2 CC) doit être débattu dans le cas de l'enfant majeur, pour l'enfant mineur dont la filiation est établie, l'obligation

d'entretien existe de plein droit (art. 277 al. 1 CC). Si, au terme de la procédure au fond, le débirentier est libéré de son obligation, l'obligation d'entretien n'en était pas moins fondée dans son principe, avec pour conséquence que l'on ne peut exiger du crédirentier qu'il rembourse les montants perçus à titre provisoire. **3.** Dans le cas de la procédure concernant l'enfant mineur dont la filiation est établie (art. 281 al. 2 aCC), les mesures provisoires ordonnées apparaissent ainsi comme des mesures de réglementation, soit des mesures qui règlent provisoirement, pour la durée du procès, le rapport de droit durable existant entre les parties; elles doivent être rapprochées des mesures provisoires ordonnées pendant la procédure de divorce, lesquelles sont définitivement acquises (ATF 130 I 347). La décision qui les ordonne met fin à l'instance sous l'angle procédural et ne sera pas revue dans la procédure au fond; c'est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF. **4.** Lorsque le débiteur d'entretien vit à l'étranger, il y a lieu de tenir compte, lors du calcul du montant de base, du niveau de vie de ce pays (ici via une réduction de 15% sur le montant minimum de base LP, car le débiteur vit en France). **5.** Rappel de la jurisprudence relative à l'art. 285 CC. En cas de situation financière particulièrement bonne, il n'est pas nécessaire de prendre en considération toute la force contributive des parents pour calculer la contribution à l'entretien des enfants, mais le niveau de vie réellement mené. De plus, il peut se justifier, pour des motifs pédagogiques, d'accorder un niveau de vie plus modeste à l'enfant qu'aux parents. Le montant de la contribution d'entretien ne doit donc pas être calculé simplement de façon linéaire d'après la capacité financière des parents. **6.** Les motifs pédagogiques réservés par la jurisprudence ne signifient pas que le niveau de vie des mineurs doit être calqué sur le niveau de vie le plus bas des deux parents.

### ***RJ 23-12***

#### ***Conclusions chiffrées***

*ATF 137 III 617 (Arrêt du TF 5A\_663/2011 du 8 décembre 2011 [d]):*

**1.** L'appelant doit prendre des conclusions chiffrées lorsque le litige porte sur des questions pécuniaires. **2.** Le fait que la maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC) soit applicable dans les affaires de droit de la famille n'y change rien, même si l'autorité de recours n'est ensuite pas liée par les conclusions prises. Il n'est pas nécessaire de fixer un délai de grâce, prévu pour la rectification notamment des vices formels (art. 132 al. 1 CPC), dans un tel cas. **3.** On réservera toutefois les cas dans lesquels une décision d'irrecevabilité, faute de conclusions chiffrées, serait constitutive de formalisme excessif (notamment parce que le montant de ce qui est réclamé ressort de la motivation de l'acte de recours, le cas échéant en relation avec la décision entreprise).

### 1.2.3 *Autres effets*

#### 1.3 Mesures de protection

##### **RJ 24-12**

##### ***Thérapie en vue du rétablissement du droit de visite sur des enfants de 15 ans souffrant d'aliénation parentale***

*Arrêt du TF 5A\_615/2011 du 5 décembre 2011 (f):*

**1.** Agés de 15 ans, capables de discernement et exerçant des droits strictement personnels, les recourants ont la capacité d'ester en justice et sont habilités à mandater un avocat pour les représenter. **2.** Rappel des principes applicables à la protection de l'enfant (proportionnalité et subsidiarité). **3.** L'autorité qui ordonne une mesure de protection de l'enfant dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). Le choix de la mesure nécessite une part importante d'anticipation et de pronostic quant à l'évolution des circonstances déterminantes; il dépendra de toutes les données concrètes du cas, non seulement sous l'angle juridique, mais aussi en fonction des aspects sociaux, médicaux et éducatifs de la situation et de la constellation familiale. **4.** Le TF s'impose une certaine retenue en la matière: il n'intervient que si l'autorité cantonale a pris en considération des éléments qui ne jouent aucun rôle au sens de la loi ou a omis de tenir compte de facteurs essentiels. **5.** La décision ordonnant une thérapie familiale et individuelle pour des enfants qui souffrent depuis plusieurs années d'un syndrome d'aliénation parentale est jugée conforme au droit.

##### **RJ 25-12**

##### ***Droit de visite – compétence***

*Arrêt du TF 5A\_440/2011 du 25 octobre 2011 (f):*

**1.** La CLaH 61 s'applique en matière de protection des enfants dans les relations avec les Etats qui n'ont pas ratifié la CLaH 96, ici l'Italie. La réglementation du droit de visite sur un enfant de parents non mariés tombe dans son champ d'application. **2.** Rappel de la jurisprudence relative à la notion de «résidence habituelle» (5A\_607/2008, RJ 66-09; 5A\_427/2009, RJ 104-09; 5A\_665/2010, RJ 13-11). **3.** En matière de protection des mineurs, la notion de résidence habituelle repose sur une situation de fait, d'autant que l'on ne peut pas toujours établir si un enfant mineur possède le discernement nécessaire à fonder son propre domicile. En outre, il se justifie de localiser la résidence habituelle à l'endroit où la protection est la mieux garantie en raison de la présence du mineur. Enfin, sous réserve d'un éventuel abus de droit, la résidence habituelle ne suppose pas une «attache» particulière avec le nouveau pays de séjour. S'agissant du caractère durable du changement de résidence, le critère pertinent est celui de la perspective d'une certaine durée dans le nouveau pays. **4.** La mère, en qualité de titulaire exclusive de l'autorité parentale et du droit de garde (art. 298 al. 1 CC), jouit de la prérogative de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, même si cet endroit se trouve à l'étranger (ATF 136 III 353). Aucune des limitations de ce droit évoquées par la jurisprudence (cf. supra RJ 8-12) ne trouve à s'appliquer dans le cas d'espèce.

**RJ 26-12****Modification provisoire du droit de garde**

*Arrêt du TF 5A\_656/2011 du 22 novembre 2011 (d):*

**1.** Procédure de modification du jugement de divorce; modification provisionnelle du droit de garde, attribué au père de l'enfant. **2.** En mesures provisionnelles, un rapport d'expertise n'est pas nécessairement requis; l'état de fait peut être établi d'une autre manière, notamment sur la base de rapports officiels (5P.84/2006, RJ 43-06).

**RJ 27-12****Retour selon la CLaH-80 (CEIE)**

*ATF 137 III 529 (Arrêt du TF 5A\_674/2011 du 31 octobre 2011 [d]):*

**1.** En vertu de l'art. 9 al. 2 LF-EEA, le juge entend l'enfant de manière appropriée ou charge un expert de cette audition, à moins que l'âge de l'enfant ou d'autres justes motifs ne s'y opposent. La loi ne fixe pas de hiérarchie entre l'audition directe et l'audition déléguée. En l'espèce, l'audition par un expert se justifiait vu les pressions très fortes dont l'enfant (née en 2000) était l'objet de la part de ses deux parents. **2.** Dans la mesure du possible, le juge entend les parties en personne. L'audition n'est pas impérative: en l'espèce, vu la distance du domicile de la mère (en Bulgarie), les déterminations des deux parents répétées à plusieurs reprises dans la procédure et la célérité à respecter, il était justifié de renoncer à l'audition personnelle. **3.** Quoi qu'il en soit, sur ces deux points procéduraux, les parties doivent soulever leurs griefs dans la procédure devant l'autorité cantonale, et non devant le TF. **4.** Les délais (par ex. art. 11 al. 2 CEIE) et les expressions utilisées (art. 1 let. a, 2 et 11 al. 1 CEIE) montrent l'importance qu'il faut accorder à la célérité de la procédure. L'autorité devrait régler d'emblée les différentes étapes de la procédure dans une seule et même ordonnance d'instruction. Si une médiation est ordonnée (art. 8 al. 1 LF-EEA), elle doit être structurée et assujettie à des délais fixés par le juge (par ex. 3 séances dans la semaine, etc.). La médiation vise à trouver une solution à la question du retour, non à établir les faits de la cause. **5.** Absence de risque grave pour l'enfant au sens de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE; rappel de la jurisprudence fédérale sur ce point (par ex. ATF 130 III 530, 131 III 334, 133 III 146). L'environnement familial et scolaire offert par la mère en Bulgarie présente toutes les garanties nécessaires; la relation entre la mère et l'enfant est également intacte, comme on l'a constaté à l'occasion de la médiation, malgré la longue séparation. **6.** Rappel de la jurisprudence relative à l'opposition de l'enfant au sens de l'art. 13 al. 2 CEIE (ATF 131 III 334, ATF 133 III 146). Une telle opposition est en principe prise en compte à partir d'un âge minimum situé entre 11 et 12 ans, seuil que la fillette a atteint ici. Elle a fait à plusieurs reprises part de sa préférence pour la Suisse (notamment auprès de la médiatrice et de sa curatrice), mais n'a jamais émis de véritable objection à un retour en Bulgarie, car elle se trouve dans un fort conflit de loyauté. On ne peut dans ces conditions parler d'une opposition ferme et libre au retour. *Remarque:* seul le point résumé au no 4 ci-dessus fait l'objet de la publication au Recueil officiel. Pour une autre affaire (dans laquelle la mère a informé les en-

fants, qui vivaient depuis 7 ans en Afrique du Sud, de leur déménagement définitif en Suisse au moment d'arriver à l'aéroport!) concernant l'application de l'art. 13 al. 1 let. b CEDI, cf. l'*Arrêt du TF 5A\_840/2011 du 13 janvier 2012 (d)*. En l'espèce, il n'existe pas de risque particulier à vivre en Afrique du Sud où les enfants ont passé l'essentiel de leur existence, ni à fréquenter une école publique ou semi-publique, comme les parents l'avaient d'ailleurs décidé en commun. Le fait que la mère puisse éventuellement ne pas accompagner les enfants dans leur Etat de provenance ne mettrait pas leur bien en danger non plus. Il est envisageable de fixer des conditions auxquelles on admettra que le bien de l'enfant n'est pas gravement mis en péril par le retour (logement, école, prise en charge, etc.); mais de telles conditions ne sont pas nécessaires ici. Les frais du curateur de l'enfant font partie des frais judiciaires et sont mis à la charge de la partie qui succombe (ici la mère).

### **RJ 28-12**

#### ***Récusation d'un membre de l'autorité tutélaire***

*Arrêt du TF 5A\_357/2011 et 5A\_371/2011 du 7 octobre 2011 (d):*

**1.** Le père de l'enfant à qui l'on a désigné un curateur selon les art. 146/147 aCC (art. 299/300 CPC) a la qualité pour recourir contre le choix du mandataire. **2.** L'autorité tutélaire communale est une autorité administrative. Ce sont les règles du droit de procédure cantonale, respectivement les règles déduites de l'art. 29 al. 1 Cst. féd., qui régissent la récusation. **3.** En l'espèce, un conseiller de ville, membre de l'autorité de première instance, s'était précédemment récusé, car il avait eu à traiter du cas du père de l'enfant comme juge d'instruction et de la détention provisoire. Après renvoi de l'affaire par l'autorité cantonale, il aurait dû à nouveau se récuser. Comme il a participé à la prise de décision, celle-ci doit être annulée indépendamment de son bien-fondé matériel (le vice ne peut pas être corrigé en instance de recours).

## **2. Protection de l'adulte**

### **RJ 29-12**

#### ***Compétence tutélaire intercantonale (transfert d'une curatelle combinée)***

*ATF 137 III 593 (Arrêt du TF 5E\_1/2011 du 24 octobre 2011 [d]):*

**1.** Les contestations entre cantons relatives au for tutélaire doivent être portées devant le Tribunal fédéral par l'action de l'art. 120 LTF (sous le nouveau droit, une telle contestation sera tranchée par l'autorité cantonale de recours, avec un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre sa décision). **2.** L'intéressée est sous curatelle, une mesure qui est sans effet sur son domicile civil; celui-ci se détermine selon les art. 23 et 26 CC. **3.** Pour une curatelle combinée dans laquelle les soins personnels l'emportent sur la composante «gestion du patrimoine», le for est fixé par l'art. 396 al. 1 CC (domicile) et non par l'art. 396 al. 2 CC (lieu de l'administration de la plus grande partie des biens). **4.** En cas de changement de domicile, l'autorité tutélaire de l'ancien domicile et celle du nouveau lieu de domicile doivent procéder au transfert de la mesure. **5.** Rappel de la jurisprudence

relative à l'art. 26 CC (ATF 135 III 49, 137 II 122): la présomption posée par cette disposition est réfragable. **6.** Lors du placement dans un établissement par des tiers, on devra exclure en principe la création d'un domicile à cet endroit, l'installation dans l'établissement relevant de la volonté de tiers et non de celle de l'intéressé. Il en va en revanche autrement lorsqu'une personne majeure et capable de discernement décide de son plein gré d'entrer dans un établissement pour une durée illimitée et choisit librement l'établissement ainsi que le lieu de séjour. Dans la mesure où, lors de l'entrée dans un établissement qui survient dans ces circonstances, le centre de l'existence est déplacé en ce lieu, un nouveau domicile y est constitué. L'entrée dans un établissement doit aussi être considérée comme le résultat d'une décision volontaire et libre lorsqu'elle est dictée par «la force des choses», tel le fait de dépendre d'une assistance ou d'avoir des difficultés financières (ATF 133 V 309 et ATF 134 V 236). **7.** On ne posera pas des conditions trop exigeantes s'agissant de la capacité de discernement dans un tel cas. **8.** En l'espèce, le placement doit être considéré comme procédant d'une volonté de l'intéressée elle-même. Outre une résidence durable en ce lieu (elle a abandonné depuis plusieurs années son ancien logement), l'intéressée a manifesté de manière reconnaissable pour les tiers la volonté d'en faire le centre de son existence: elle est intégrée au home, participe activement à ses activités et elle est considérée par les tiers comme y ayant le centre de ses intérêts. Elle participe d'ailleurs aussi à des activités sociales dans la commune où se trouve le home et y est prise en charge médicalement (même si elle a conservé son psychiatre à son ancien domicile).

### **RJ 30-12**

#### ***Avance de frais dans la procédure de recours contre une interdiction***

*Arrêt du TF 5A\_337/2011 du 16 novembre 2011 (d):*

**1.** En vertu de la procédure administrative du canton de Schwyz, *possibilité* de requérir une avance de frais d'une partie dans le cadre d'une procédure de recours; l'autorité doit donc exercer son pouvoir d'appréciation. **2.** En l'espèce, le recourant a été interdit (art. 369 CC) en raison d'une maladie mentale qui ne lui permet pas de mener lui-même des procès en justice, d'où le surendettement qui est le sien. **3.** Il est arbitraire de lui réclamer une avance de frais dans la cause où il conteste justement la décision d'interdiction prononcée à son encontre.

### **RJ 31-12**

#### ***Autorité parentale prolongée (art. 385 al. 3 CC)***

*Arrêt du TF 5A\_710/2011 du 14 décembre 2011 (f):*

**1.** Les parents ne disposent d'aucune prétention pour exiger la remise sous autorité parentale de leur enfant majeur interdit (art. 385 al. 3 CC). Par analogie avec le droit de préférence des proches (art. 380 al. 1 CC), le placement sous autorité parentale de l'enfant majeur interdit est simplement présumé être la mesure la plus adaptée aux intérêts de celui-ci. La prolongation de l'autorité parentale devrait être la règle lorsque l'interdit a encore son père et/ou sa mère et lorsque ce moyen apporte une solution équivalente à une mesure tutélaire. **2.** Le placement

sous autorité parentale n'est cependant pas ordonné d'office; il faut examiner dans chaque cas les possibilités de protéger au mieux les intérêts de l'enfant majeur interdit et prendre une décision formelle à cet effet. L'autorité peut replacer l'enfant majeur interdit sous l'autorité parentale de ses parents ou de l'un d'eux, désigner le père et/ou la mère en qualité de tuteur(s) ou, enfin, placer l'interdit sous la tutelle d'un tiers. Dans ce domaine, elle jouit d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). **3.** Le placement sous autorité parentale suppose nécessairement que les parents soient capables d'exercer cette autorité. Lorsque la question de l'autorité parentale prolongée se pose avec des parents divorcés, le maintien de l'autorité parentale conjointe n'est généralement plus envisageable et l'institution d'une tutelle est en principe ordonnée. **4.** L'autorité peut retirer ou refuser l'autorité parentale prolongée même lorsque les parents n'ont commis aucune faute: un simple manquement suffit si les intérêts de l'interdit sont menacés (art. 445 al. 2 CC par analogie). **5.** Si l'autorité tutélaire envisage de retirer l'autorité parentale conjointe pour prendre une autre mesure de protection en faveur de l'enfant majeur interdit, elle doit impérativement examiner, d'une part, l'aptitude d'un parent à remplir la fonction requise à l'aune du bien-être de l'enfant interdit et, d'autre part, sa capacité à gérer le patrimoine de l'enfant dans l'intérêt de celui-ci. Les autres circonstances de l'espèce, notamment les vœux de l'interdit et de ses parents, le maintien du cadre de vie de l'interdit et du climat de confiance existant, ainsi que l'âge du parent doivent ensuite être pris en considération. **6.** Vu la séparation des parents et le divorce hautement probable de ceux-ci, l'autorité parentale conjointe doit d'emblée être exclue. La requête du père tendant à la désignation d'un tuteur neutre à sa fille et la mésentente patente entre les parents confirment que le maintien de l'autorité parentale conjointe est en l'espèce impossible. **7.** La question est de savoir si la solution la plus adaptée est le placement sous l'autorité parentale de la mère ou l'institution d'une tutelle attribuée à la mère ou à un tiers, impliquant un contrôle des autorités (art. 413 al. 2 CC). En l'espèce, la mère a opéré plusieurs prélèvements sur les fonds appartenant à sa fille pour consentir des prêts (notamment à ses fils) et le remboursement intégral des sommes empruntées n'est pas garanti. Elle ne semble pas apte à administrer diligemment le patrimoine de sa fille, de sorte qu'un contrôle régulier des comptes par l'autorité tutélaire est nécessaire. Le prononcé d'une mesure tutélaire s'impose. **8.** Vu la grave mésentente entre les parents, l'intervention d'une personne neutre paraît nécessaire. **9.** La critique tenant à l'absence d'audition de la fille majeure interdite doit être rejetée, faute de pertinence. Les vœux émis par l'enfant majeur interdit et les parents ne sont pas déterminants lorsque l'aptitude du ou des parents à exercer l'autorité parentale prolongée est défailante.

*Remarque:* le chant du cygne de l'autorité parentale prolongée, dont on sait qu'elle disparaît au 1<sup>er</sup> janvier 2013, avec néanmoins la possibilité de dispenser le parent nommé curateur de certaines obligations légales (art. 420 nCC).

**RJ 32-12*****Intervention ad hoc de l'autorité, en lieu et place d'une curatelle ... ou un bel exemple de conflit d'intérêts ...***

*ATF 138 V 58 (Arrêt du TF 9C\_462/2011 du 9 janvier 2012 [d]):*

**1.** Personne émergeant à l'aide sociale de la commune, qui refuse de demander un versement anticipé de sa rente AVS. Requête déposée directement par l'autorité tutélaire de la commune. **2.** Selon l'art. 67 al. 1<sup>bis</sup> RAVS, seul l'ayant droit ou son représentant légal peut faire valoir le droit à la rente anticipée ordinaire de vieillesse. **3.** Possibilité pour l'autorité tutélaire de renoncer à une curatelle de représentation ou de gestion et d'agir elle-même (pour le nouveau droit, que le TF ne cite pas: art. 392 nCC). Normalement, il y a lieu d'instituer une curatelle, ne serait-ce que pour ne pas priver la personne concernée d'un échelon de recours. L'intervention propre de l'autorité est aussi exclue lorsque la loi exige expressément un acte du représentant légal. Ce type d'intervention est donc réservé aux cas où l'affaire à régler est simple, claire et vite liquidée, mais aussi en général urgente. **4.** Dans le cas d'espèce, l'affaire était urgente (la décision est datée du 25 août 2010, la demande de mise à la retraite anticipée devait être déposée jusqu'au 31 août 2010), mais pas simple au point que l'institution d'une mesure aurait représenté une formalité inutile. En effet, même s'il ne s'agit que de remplir un formulaire, les effets de la décision (réduction de la rente) se déploieront jusqu'au décès de l'intéressé. De plus, il n'en allait pas ici des intérêts de l'assuré lui-même, mais de ceux de la commune qui voulait éviter d'avoir à continuer de servir des prestations d'aide sociale (elle n'avait même pas examiné si des prestations complémentaires permettraient au moins de compenser la diminution de la rente). Or aucun élément ne démontrait, contrairement à l'ATF 111 II 10, que l'assuré fût incapable de défendre lui-même ses intérêts. **5.** La seule raison de la mesure prononcée résidait dans une divergence d'opinion entre l'assuré et l'autorité d'assistance. Un tel conflit d'intérêts ne doit précisément pas être réglé par une intervention directe de l'autorité, mais par la désignation d'un curateur. L'autorité d'assistance aurait pu tout au plus menacer l'assuré de réduire les prestations d'aide sociale s'il n'exerçait pas son droit à la rente.

**RJ 33-12*****Expertise et conseil légal combiné***

*Arrêt du TF 5A\_91/2011 du 29 septembre 2011 (f):*

**1.** Le droit à l'audition de l'art. 374 CC vaut aussi pour la personne à placer sous conseil légal. L'audition est à la fois un droit inhérent à la défense de l'intéressé et un moyen pour l'autorité d'élucider d'office les faits et de se forger une opinion personnelle tant sur la disposition mentale de la personne concernée que sur la nécessité d'ordonner ou de maintenir la mesure tutélaire. L'intéressé doit pouvoir se déterminer sur tous les faits essentiels qui pourraient conduire à une mesure pouvant entraîner une limitation de l'exercice de ses droits civils. **2.** A supposer que l'intéressé n'ait pas été régulièrement entendu en première instance, il suffit qu'il soit en mesure de se déterminer à n'importe quel stade ultérieur de la procédure sur tous les faits invoqués contre lui. **3.** La mise sous conseil

légal 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. Elle implique également une limitation partielle de sa capacité civile. Le conseil légal combiné laisse donc subsister une certaine indépendance dans la vie courante; la nécessité de l'intervention du représentant légal est restreinte par rapport à la tutelle. **4.** Il ne saurait cependant être question de prononcer une mesure de conseil légal combiné en vue de protéger n'importe quel intérêt économique. Ce serait perdre de vue que cette institution – même si elle n'est pas aussi incisive que la tutelle – atteint profondément l'intéressé dans son mode de vie: un besoin sérieux de protection doit par conséquent être établi. Besoin reconnu dans le cas d'espèce. **5.** Sous l'angle de l'ingérence provoquée par le prononcé d'un conseil légal, en particulier combiné, dans l'exercice des droits civils de la personne concernée, on ne peut pas nier une certaine analogie entre le conseil légal et la tutelle. Cependant, le besoin de soins n'est ni permanent ni aussi important dans ce cas que dans celui de la tutelle. Le recours à une expertise médicale s'impose donc uniquement lorsque l'autorité tutélaire ne dispose que d'informations sommaires et ne peut apprécier, de manière suffisante, le besoin de protection de la personne concernée (cf. déjà ATF 113 II 228). **6.** Si une expertise semble nécessaire avant le prononcé d'une mesure, elle aura essentiellement pour objectif de déterminer l'importance de la faiblesse d'esprit ou du manque de volonté et si un conseil légal est suffisant pour protéger les intérêts de la personne faible d'esprit ou si une tutelle s'impose. **7.** En l'espèce, aucune expertise n'a été ordonnée, mais les évaluations régulières de l'état de santé de l'intéressé par l'Office AI et son médecin traitant ont été jugées suffisantes. **8.** La mesure de conseil légal a donc son origine dans une préoccupation de nature économique temporaire (la personne concernée vient d'hériter de son père); le risque de gestion défailante dû à son état de santé mentale existe concrètement en raison de la complexité du patrimoine actuel à gérer, qui comprend des immeubles, des prestations versées par des assurances sociales et désormais des droits successoraux.

### **RJ 34-12**

#### ***Application de l'art. 420 al. 2 CC aux décisions en matière de curatelle***

*ATF 137 III 531 (Arrêt du TF 5A\_582/2011 du 3 novembre 2011 [d]):*

**1.** Le CPC (art. 1 let. b CPC) ne s'applique pas aux procédures gracieuses qui sont de la compétence d'une autorité administrative, comme c'est le cas du Bezirksrat zurichois (autorité tutélaire de surveillance de première instance); les cantons sont néanmoins libres de soumettre de telles procédures au CPC en vertu du droit cantonal. **2.** Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le Code civil comportera des règles propres de procédure (art. 443–450e nCC, avec une application par analogie du CPC pour le reste, à moins que les cantons n'en décident autrement). Aujourd'hui déjà, le CC contient des règles de procédure. Tel est le cas de l'art. 420 CC, qui s'applique au recours contre l'institution d'une curatelle, mais également

au refus de changement du curateur. **3.** Le délai de 10 jours de l'art. 420 al. 2 CC est aussi applicable aux recours contre les décisions de l'autorité tutélaire de surveillance inférieure, lorsque le canton prévoit un tel recours selon l'art. 361 al. 2 CC.

### **RJ 35-12**

#### ***Représentation légale en procédure – qualité pour recourir au nom d'un tiers***

*Arrêt du TF 5A\_785/2011 du 6 janvier 2012 (d):*

**1.** Une procuration générale donnée à un tiers (ici à une belle-fille) ne saurait couvrir le droit de s'opposer au nom de la personne devenue incapable de discernement à un prononcé d'interdiction. **2.** Le fils de la personne concernée ne peut pour sa part fonder un tel droit sur la loi; il peut en revanche se prévaloir d'une légitimation pour recourir en vertu de l'art. 420 CC, pour autant qu'il fasse valoir les intérêts de la personne concernée. Il n'en devient pas pour autant le représentant légal de l'intéressé.

*Remarque:* Dans l'Arrêt 5A\_649/2011 du 3 février 2012 (d), le TF, sans se référer à l'Arrêt du 6 janvier 2012, considère que l'intérêt du tiers à la levée d'une tutelle (art. 433 al. 3 CC) ou d'une curatelle ne suffit pas à lui conférer la qualité pour recourir contre le prononcé d'une interdiction ou d'une curatelle (pour autant, aurions-nous précisé, qu'il ne fasse pas valoir les intérêts propres de la personne placée sous tutelle ou curatelle). L'arrêt rappelle en outre que l'assistance judiciaire n'est refusée qu'exceptionnellement en procédure de recours et que les procédures tutélaires portent souvent sur des questions d'adéquation de la mesure à prononcer, autrement dit sur des jugements de valeurs qui sont tout sauf simples. Le fait que la recourante ait dans un premier temps déposé une écriture (ici avec l'aide de sa fille) de bonne qualité, même sans assistance d'un avocat, n'y change rien.

### **RJ 36-12**

#### **Art. 421 ch. 4 CC**

*Arrêt du TF 5A\_227/2011 du 21 septembre 2011 (f):*

**1.** Prêts de plusieurs centaines de milliers de francs concédés à une personne interdite par sa fille et son beau-fils, copropriétaires avec elle d'une villa, pour les frais d'entretien et des travaux de rénovation et de transformation **2.** Les actes faits sans le consentement légalement requis de l'autorité de tutelle compétente ne produisent à l'égard du pupille que les effets des actes qu'il accomplirait lui-même sans le consentement de son tuteur (art. 424 CC). **3.** Le consentement de l'autorité 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. **4.** Jusqu'ici, le TF n'avait pas eu à trancher la question de savoir si l'approbation annuelle des rapports et comptes (art. 423 al. 2 CC) pouvait valoir ratification tacite (question laissée ouverte par l'ATF 75 II 337). Suivant en cela la doctrine, le TF juge qu'il ne peut en aller ainsi que pour autant que l'autorité ait porté une attention particulière à l'acte en question. **5.** En l'espèce, au début de la tutelle, l'autorité tutélaire a été

spécialement informée du fait que la pupille avait une dette à l'égard de sa fille et de son beau-fils, par deux rapports du tuteur se prononçant expressément sur cette dette. Durant plus de 20 ans, l'autorité tutélaire a disposé chaque année des rapports et comptes annuels, avec les pièces justificatives; elle connaissait l'existence de la dette de prêt, l'a expressément visée, et a même exigé une modification du taux de l'intérêt qu'elle produisait. Il y a donc lieu d'admettre qu'elle a porté une attention particulière à la dette en question et que, par l'approbation des rapports et comptes annuels, elle l'a ratifiée tacitement. **6.** Selon l'art. 421 ch. 3 CC, le consentement de l'autorité tutélaire est nécessaire pour construire au-delà des besoins de l'administration courante. Si une construction implique un emprunt, il s'agit d'un seul et même acte soumis au consentement de l'autorité tutélaire. En l'espèce, c'est bien l'engagement économique, que représentait pour la pupille la réalisation des travaux de construction, soit l'emprunt des fonds nécessaires à sa fille et à son beau-fils, que l'autorité tutélaire devait accepter. Étant donné que les pièces justificatives permettaient à l'autorité tutélaire de prendre connaissance des travaux entrepris sur la villa, la ratification de leur financement couvre également les travaux eux-mêmes.

### ***RJ 37-12***

#### ***Approbation des comptes du tuteur destitué***

*ATF 137 III 637 (Arrêt du TF 5A\_596/2011 du 1<sup>er</sup> décembre 2011 [f]):*

**1.** Décision refusant d'approuver le compte final de la tutelle provisoire (art. 451 ss CC, en relation avec l'art. 386 al. 2 CC) et chargeant un tiers de l'établir aux frais du tuteur (provisoire) destitué. **2.** Une telle décision est rendue dans une affaire de droit public connexe au droit civil (art. 72 al. 2 let. b ch. 5 LTF), qui est de nature pécuniaire. **3.** Contrairement à la décision qui approuve le compte final du tuteur, elle n'est pas finale, mais incidente au sens de l'art. 93 al. 1 LTF: elle constitue une étape vers la décision (finale) approuvant les rapports et compte finals (art. 451 CC) et relevant de ses fonctions le tuteur dont la mission a pris fin. **4.** Ne constitue pas un risque de préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) le fait d'être exposé au paiement de la rémunération du tiers chargé de l'établissement des comptes. Il appartiendra au recourant de contester la mesure critiquée dans son recours contre la décision approuvant le compte final. **5.** Le recours ne serait pas non plus ouvert au regard de l'art. 93 al. 1 let. b LTF, car l'examen du compte final ne se limite pas à une vérification purement comptable des divers articles qui en font l'objet, mais doit également porter sur la légitimité des mesures prises par le tuteur (ATF 76 II 181). Or, la décision querellée ne comporte aucune constatation sur cet aspect.

*Remarque:* La question de la valeur litigieuse (CHF 30 000) n'a pas été examinée, car le recours était de toute façon irrecevable. Dans son Arrêt 5A\_633/2011 du 10 février 2012 (f), le TF considère qu'en cas de recours contre une décision d'approbation des comptes, la valeur litigieuse est représentée par les postes du compte final contestés en instance cantonale (et non, par exemple, à la valeur nette du patrimoine du pupille).

**RJ 38-12****Expertise en matière de PLAFa**

*Arrêt du TF 5A\_716/2011 du 29 novembre 2011 (f):*

**1.** Aux termes de l'art. 397e ch. 5 CC, une décision touchant un malade psychique ne peut être prise qu'avec le concours d'experts; si ce concours a déjà été demandé dans une première procédure judiciaire, les tribunaux supérieurs peuvent y renoncer. L'expert doit être un spécialiste, exempt de prévention: il ne doit donc pas s'être déjà prononcé sur la maladie de la personne concernée au cours de la même procédure, ni avoir déjà traité la personne. **2.** L'exigence d'indépendance de l'expert est identique à celle de l'autorité qui statue. Cette condition n'est pas respectée lorsque l'expert est le médecin-chef de la clinique dans laquelle est soigné le patient. **3.** Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est pas non plus compatible avec l'exigence d'indépendance de l'expert qu'un membre de l'autorité compétente pour prendre la décision (juge spécialisé) fonctionne en même temps comme expert (ATF 137 III 289 et la jurisprudence citée, notamment l'arrêt D. N. contre Suisse du 29 mars 2001, § 53).

*Remarque:* dans son *Arrêt 5A\_787/2011 du 24 novembre 2011 (d)*, le TF rappelle sa jurisprudence (ATF 137 III 289 et RJ 38-12) sur le contenu de l'expertise requise par l'art. 397e ch. 5 CC et sur la personne de l'expert. En l'espèce, un expert avait bien été mandaté et il estimait que le recourant devait être libéré de la clinique psychiatrique où il avait été placé par sa tutrice. L'autorité de recours du canton de Bâle-Ville ne se réfère en rien à cette expertise et n'expose pas pour quelle raison elle devrait être ignorée: le droit à une décision motivée est ainsi violé. La Commission avait de plus notifié sa décision par courrier simple, ce qui rendait impossible la vérification du respect du délai de recours! Dans un *Arrêt 5A\_75/2012 du 6 février 2012 (d)*, le TF rappelle qu'une PLAFa ne doit pas nécessairement être d'emblée limitée dans le temps; la stabilisation de l'état de santé entraîne en principe la libération de la personne concernée, sauf lorsque celle-ci n'est pas à même de gérer sa vie elle-même à l'extérieur de la clinique, avec l'appui des services de soins, et qu'un nouveau placement est ainsi préprogrammé.

**C Autres domaines apparentés****RJ 39-12****Enseignement privé**

*Arrêts du TF 2C\_592/2010 et 2C\_593/2010 du 20 septembre 2011 (d):*

Conditions auxquelles l'enseignement privé sous forme d'enseignement à distance est admissible selon le droit zurichois (cf. déjà 2C\_738/2010, RJ 82-11), notamment s'agissant des compétences sociales des élèves.

*Remarque:* pour un autre arrêt prononçant un refus de «homeschooling» (législation de Bâle-Ville), cf. l'*Arrêt du TF 2C\_686/2011 du 25 janvier 2012 (d)*.

**RJ 40-12****Responsabilité pour une garde temporaire d'enfant**

*ATF 137 III 539 (Arrêt du TF 4A\_275/2011 du 20 octobre 2011 [d]):*

**1.** Accident d'une enfant âgée de 4 ans, tombée dans une rivière et souffrant de graves lésions cérébrales après n'avoir pu en être retirée que dix minutes plus tard. **2.** L'enfant était placée sous la «garde» d'une voisine, sa mère s'étant vite absentée pour faire des courses. Pendant que les enfants jouaient dehors, la voisine s'occupait de tâches ménagères. **3.** Il s'agit là d'un acte de complaisance et non d'un rapport contractuel. L'auteur répond selon les règles applicables à l'acte illicite. **4.** Le degré de sa diligence sera réduit au soin qu'il apporterait à ses propres affaires (cf. art. 99 al. 2 CO a fortiori).

**RJ 41-12****Domicile en matière de prestations complémentaires**

*ATF 138 V 23 (Arrêt du TF 9C\_727/2010 du 27 janvier 2012 [d]):*

**1.** En vertu de l'art. 21 LPC, le canton de domicile du bénéficiaire est compétent pour fixer et verser les prestations complémentaires. Le séjour dans un home, un hôpital ou tout autre établissement ne fonde aucune nouvelle compétence; il en va de même du placement dans une famille d'une personne, interdite ou non, décidé par une autorité ou un organe de tutelle. **2.** Le majeur interdit (art. 369 CC) placé sous autorité parentale prolongée (art. 385 al. 3 CC) a son domicile dérivé auprès du titulaire de l'autorité parentale (art. 25 al. 1 CC), et non au siège de l'autorité tutélaire (art. 25 al. 2 CC). **3.** Après un examen détaillé de la disposition et de son historique, le TF parvient à la conclusion que seul le séjour dans un home reste sans effet juridique sur la compétence, mais que les autres modifications doivent en revanche être prises en compte. Le changement de *domicile* de la personne amène donc un changement de compétence, même si elle continue de séjourner dans le même établissement. **4.** La même règle s'appliquerait pour une personne sous tutelle, pour autant que le changement ait été approuvé selon l'art. 377 CC. **5.** La solution ne doit ainsi pas nécessairement être la même que pour la LAS, car la compétence en matière de prestations complémentaires reste fondée avant tout sur le domicile civil, alors que le domicile d'assistance est principalement déterminé selon l'endroit dans lequel la personne réside avec l'intention de s'y établir (art. 4 LAS).

**RJ 42-12****Forfait pour home et prestations complémentaires**

*Arrêt du TF 9C\_365/2011 du 17 janvier 2012 (f) (destiné à la publication):*

**1.** Dans le cas de personnes qui vivent en permanence ou pour une longue période dans un home ou dans un hôpital, le montant consacré aux dépenses personnelles, prévu par l'art. 10 al. 2 let. b LPC, est déterminé par les cantons. Il est destiné à couvrir la partie des besoins vitaux de ces personnes qui n'est pas garantie par les prestations fournies par l'établissement hospitalier ou médico-social et que les intéressés doivent eux-mêmes prendre en charge. **2.** Tout comme le montant destiné à la couverture des besoins vitaux pour les personnes vivant à

domicile (fixé indépendamment des sommes effectivement dépensées par l'ayant droit), le montant pour les dépenses personnelles n'a pas à varier en fonction des dépenses concrètes des personnes qui vivent dans un home ou un hôpital.

### **RJ 43-12**

#### ***Allocation pour impotent – accès à la majorité***

*ATF 137 V 424 (Arrêt du TF 9C\_395/2011 du 31 octobre 2011 [d]):*

**1.** L'accession à la majorité d'une personne qui percevait une allocation pour impotent pendant sa minorité ne constitue pas un nouveau cas d'assurance. Le droit à l'allocation pour impotent mineur ne peut dès lors être examiné librement et complètement à la majorité, mais uniquement sous l'angle d'une révision. **2.** Le moment d'une éventuelle diminution ou augmentation de l'allocation se détermine selon l'art. 88<sup>bis</sup> al. 2 RAI.

*Remarque:* sur les prestations complémentaires des enfants lorsque les époux divorcés font à nouveau ménage commun, mais que l'un a vu sa rente complémentaire être supprimée: *ATF 137 V 434.*

### **RJ 44-12**

#### ***Compensation entre cotisations AVS et allocations familiales***

*ATF 138 V 2 (Arrêt du TF 8C\_161/2011 et 8C\_179/2011 du 6 janvier 2012 [ff]):*

**1.** L'art. 25 let. d LAFam permet de compenser une créance en prestations découlant de la LAFam avec une dette de cotisations AVS. **2.** La jurisprudence qui exige, pour déroger à la réciprocité des sujets de droits posée à l'art. 120 al. 1 CO, une relation étroite entre les créances, ne trouve pas à s'appliquer ici, car les époux sont à la fois les créanciers de l'administration s'agissant des allocations familiales dues en faveur de leurs enfants et ses débiteurs s'agissant des cotisations AVS qu'ils doivent en tant que personnes sans activité lucrative (cotisations qui relèvent des dépenses d'entretien de la famille selon l'art. 163 CC). **3.** Il importe peu que l'AVS et les allocations familiales soient gérées par deux caisses différentes.

### **RJ 45-12**

#### ***Déduction des pensions alimentaires***

*Arrêt du TF 2C\_200/2011 du 14 novembre 2011 (f):*

**1.** La déduction des contributions d'entretien chez le débiteur (et leur imposition chez le créancier) ne peut porter que sur les pensions effectivement payées depuis la séparation. **2.** Le fait que le débiteur est taxé comme personne seule sur l'ensemble de son revenu (en raison de sa situation personnelle en fin de période fiscale) n'y change rien, même si la charge fiscale est alors plus lourde pour un contribuable qui se serait séparé en fin d'année plutôt qu'en début d'année.

*Remarque:* pour un autre arrêt fiscal (déduction générale – frais de scolarité professionnelle – en raison du handicap d'une personne que le contribuable entretient, art. 9 al. 2 let. h<sup>bis</sup> LHID), cf. l'Arrêt du TF 2C\_588/2011 du 16 décembre 2011 (d).

**RJ 46-12**

***Droit des étrangers***

*Arrêt du TF 2C\_553/2011 du 4 novembre 2011 (f):*

Droit au regroupement familial/preuve de la détention de l'autorité parentale (en tout cas conjointe) sur l'enfant.

*ATF 137 II 393 (Arrêt du TF 2C\_276/2011 du 10 octobre 2011 [ff]):*

Délai pour demander le regroupement familial selon que le parent est titulaire d'une autorisation d'établissement ou de séjour; raisons familiales majeures (art. 47 LEtr).