

Sabrina Burgat, Le curateur de représentation de l'enfant dans les procédures du droit de la famille ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_8/2017, Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2017

Le curateur de représentation de l'enfant dans les procédures du droit de la famille ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_8/2017

Sabrina Burgat

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_8/2017 traite de la rémunération du curateur de représentation de l'enfant, dans une procédure portant sur le sort de l'enfant de parents non mariés.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits (résumé)

C. (mère) et B. (père) sont les parents non mariés de D., né en 2004. Ils sont en désaccord sur le sort de leur enfant commun.

Dans le cadre de la procédure devant le Tribunal supérieur du canton d'Argovie portant sur l'autorité parentale, la garde, le domicile de l'enfant, la bonification pour tâches éducatives, Me A. est désigné en qualité de curateur de l'enfant. Il adresse son mémoire d'honoraires portant sur un montant de CHF 4'958.95.

Par décision du 28 octobre 2016, le Tribunal met les frais judiciaires à la charge du père, en les fixant de la manière suivante : CHF 2'000.- pour les frais de la décision et CHF 2'781.- pour les coûts du curateur de représentation.

Le curateur recourt au Tribunal fédéral contre la décision relative à son indemnisation, en demandant le paiement de son mémoire à hauteur de CHF 4'958.95, subsidiairement le renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure pour nouvelle décision.

B. Le droit

La décision contestée est une décision finale portant sur la rémunération du curateur de représentation au sens de l'art. 299 CPC. L'indemnité accordée au curateur dans le cadre d'un procès sont compris dans les frais de justice au sens de l'art. 95 CPC.

Ces frais font partie de la décision finale et peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral lorsque les conclusions en cause devant l'autorité précédente atteignent la valeur requise, même si le montant contesté faisant l'objet exclusif du recours reste en dessous de la valeur litigieuse minimale (ATF 137 III 47).

En l'espèce, il s'agit de mesures de protection de l'enfant, de telle sorte qu'il n'y a pas de valeur litigieuse. Le recours est ainsi recevable. Dans la mesure où les coûts de représentation de l'enfant accordés au curateur ne correspondent pas à sa requête, il dispose d'un intérêt à recourir. Au surplus, le recours est déposé dans les délais de l'art. 100 LTF (consid. 1).

Le Tribunal supérieur a considéré, en se fondant sur le décret cantonal relatif à l'indemnité des avocats (AnwT), que la rémunération d'un avocat dans une affaire non pécuniaire se détermine d'après l'investissement supposé, l'importance et la difficulté du cas et devrait dès lors se situer entre CHF 1'210.- et CHF 14'740.- (§ 3 al. 1 lit. b AnwT). En procédure sommaire, applicable devant le tribunal supérieur dans une procédure concernant les mesures de protection de l'enfant (§ 60c al. 1 Titre prélim. CC), l'indemnité de base s'élève en principe à 25-100% du montant défini dans cette fourchette (§ 3 al. 1 AnwT).

L'investissement en temps doit être calculé lors de la fixation de l'indemnité de base (§ 3 al. 1 lit. b AnwT), lorsqu'il n'est pas déjà pris en compte au regard de l'appréciation de la difficulté du cas (§§ 6 et 7 AnwT). En pratique, des montants forfaitaires ont été alloués aux mandataires légaux librement choisis et officiant au bénéfice de l'assistance judiciaire dans les procédures de protection de l'enfant et de l'adulte. Ces montants ont été fixés en fonction de procédures qualifiées de « moyenne ». En procédure matrimoniale, l'indemnité de base pour une affaire « moyenne » s'élève à CHF 2'500.-. Ce montant doit être ramené à CHF 2'200.- pour une procédure moyenne de protection de l'enfant et de l'adulte. En effet, la procédure de divorce doit porter sur de nombreux autres points que ceux de la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant. Comme en l'espèce, le cas est conséquent, il se justifie d'accorder une indemnité de base de CHF 2'500.-.

Tenant compte des frais forfaitaires à 3% des honoraires (§ 13 AnwT) et de la TVA à 8%, le Tribunal supérieur a accordé au représentant de l'enfant une indemnité de CHF 2'781.- (dont CHF 75.- de frais et CHF 206.- de TVA). Le Tribunal supérieur a dès lors condamné l'intimé (B., le père) à s'acquitter des frais de procédure à hauteur de CHF 4'781.- (CHF 2'000.- de frais de tribunal ; CHF 2'781.- CHF de représentation de l'enfant).

Le recourant considère que la fixation du montant de sa rémunération est contraire au droit fédéral, dans la mesure où l'autorité n'a pas tenu compte du temps consacré à l'activité, puisque l'indemnité est fondée sur un forfait. (consid. 2.2).

L'art. 299 CPC accorde à l'enfant le droit d'être représenté par un curateur dans la procédure. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il était arbitraire, dans une procédure de mesure protectrices, de ne pas tenir compte du temps réel et raisonnablement passé par le représentant pour fixer une telle indemnité (TF 5A_168/2012 du 26 juin 2012). Selon la jurisprudence publiée, il est dans l'intérêt d'une représentation effective et appropriée de l'enfant au sens de l'art. 299 CPC de fixer l'indemnité selon le temps passé, pour autant que ce temps soit approprié en fonction des circonstances du cas d'espèce (ATF 142 III 153). Un des éléments permettant de fixer les honoraires du curateur selon le temps effectivement

consacré, réside dans le fait que son montant doit, dans son résultat, correspondre à une représentation effective telle que voulue par le législateur à l'art. 299 CPC. La fixation des honoraires du curateur de représentation n'est conforme au droit fédéral que si elle tient réellement compte du temps passé sur l'affaire (consid. 2.3).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le curateur a transmis le temps consacré à l'affaire au tribunal supérieur. L'autorité ne s'y réfère pas, mais fixe l'indemnisation selon un forfait, sans motiver dans quelle mesure le forfait est, dans son résultat, conforme aux objectifs de l'art. 299 CPC. Dès lors, l'absence de motifs décisifs factuels et juridiques empêche l'examen de l'arrêt attaqué au regard du droit fédéral. Il convient de renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure pour nouvelle décision (consid. 2.4.).

Malgré l'admission du recours, il ne se justifie pas de faire supporter les frais de la procédure à l'intimé, dans la mesure où il n'a pas été amené à se prononcer dans la procédure, qu'il n'est pas responsable de la décision et qu'il n'a pas à être entendu dans la procédure. La question intéresse financièrement le canton d'Argovie, qui devra assumer les frais de la procédure devant le Tribunal fédéral (consid. 3).

III. Analyse

Cet arrêt reprend la jurisprudence du Tribunal fédéral publiée au recueil des ATF 142 III 153 (TF 5A_52/2015, [Newsletter droitmatrimonial.ch, mars 2016](https://www.droitmatrimonial.ch/newsletter)). Ce précédent arrêt n'avait pas fait l'objet d'un commentaire dans la newsletter. C'est donc l'occasion avec la présente décision non publiée portant sur la rémunération d'un curateur au sens de l'art. 299 CPC de revenir sur une série de questions en lien avec le statut de représentant de l'enfant dans les procédures de droit de la famille.

a) La désignation d'un curateur à l'enfant dans une procédure de droit de la famille

Dans la procédure qui nous occupe ici, la désignation d'un curateur à l'enfant repose sur l'art. 299 CPC. Selon cette disposition, le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle (al. 1), en particulier si les parents déposent des conclusions différentes relatives au sort de l'enfant, y compris l'entretien (al. 2, lit. a) ; si l'autorité de protection de l'enfant ou le père ou la mère le requièrent (al. 2, lit. b) ; si le tribunal doute du bien-fondé des conclusions communes des parents ou envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant (al. 3, lit. c).

Sur demande de l'enfant capable de discernement, le tribunal désigne un représentant. L'enfant peut former un recours contre le rejet de sa demande (al. 3).

L'art. 299 CPC n'est pas le seul à consacrer la représentation de l'enfant. L'art. 314a bis applicable aux mesures de protection de l'enfant intègre le même principe : l'autorité de protection de l'enfant ordonne, si nécessaire, la représentation de l'enfant (al. 1). Elle examine si elle doit instituer une curatelle, en particulier si la procédure porte sur le placement de l'enfant, ou si les personnes concernées déposent des conclusions différentes relatives au sort de l'enfant (al. 2).

D'autres dispositions connaissent également la représentation de l'enfant : l'art. 9 LF-EEA ainsi que plus spécifiquement l'art. 17 LF-CLaH en cas d'adoption de l'enfant avant son déplacement vers la Suisse.

En application de l'art. 299 CPC, les motifs justifiant d'examiner l'institution d'une curatelle sont donnés lorsque les parents déposent des conclusions différentes sur l'attribution de l'autorité parentale, la garde, les questions importantes concernant les relations personnelles, la participation à la prise en charge ou la contribution d'entretien

Compte tenu du principe de l'autorité parentale conjointe, il convient d'admettre que les litiges porteront en majorité sur les autres questions, en particulier la prise en charge de l'enfant, ou son entretien. Cette dernière question semble actuellement être la plus délicate, compte tenu de la modification du Code civil en vigueur au 1^{er} janvier 2017 (voir par exemple à ce sujet les directives des tribunaux zurichois, disponibles à l'adresse consultée en juin 2017, <http://www.gerichte-zh.ch/themen/ehe-und-familie/gesetzesaenderung-per-112017.html>).

En ce sens, la pratique des tribunaux devrait consister à se demander presque systématiquement dans les procédures du droit de la famille qui ne présentent pas d'accord des parents, s'il se justifie de désigner un curateur de représentation au sens de l'art. 299 CPC.

b) Le choix du curateur

Selon l'art. 299 CPC (et 314a bis CC), l'autorité ordonne « si nécessaire la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté dans le domaine de l'assistance en matière juridique ».

Dans son arrêt publié sous ATF 142 III 153, le Tribunal a eu l'occasion d'examiner la notion de « curateur expérimenté dans le domaine de l'assistance en matière juridique ». A ce titre, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était en principe approprié de nommer en tant que curateur un travailleur social, un assistant social, un pédopsychologue qui connaisse suffisamment le droit, voire un juriste avec une formation continue spécifique. Il a considéré que la nomination d'un avocat devait rester l'exception.

Cette affirmation à l'égard des avocats peut surprendre, au regard du rôle essentiellement juridique du curateur de représentation dans la procédure opposant ses parents, raison pour laquelle il convient d'examiner plus en détail la portée de cette disposition.

Lorsque le législateur a adopté l'art. 299 CPC, la représentation de l'enfant existait déjà à l'art. 146 aCC. Partant du constat que l'enfant était directement touché par le divorce de ses parents, il a été jugé nécessaire de lui permettre de défendre ses droits dans la procédure. Déjà dans l'ancienne disposition, il était prévu que le représentant dispose d'expérience en matière d'assistance dans le domaine juridique. Le message excluait expressément que l'avocat d'une des parties agisse simultanément en qualité de représentant de l'enfant. Sous l'ancien droit, l'autorité de protection de l'enfant désignait le curateur.

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 299 CPC, le fondement de la représentation de l'enfant n'a pas changé, mais ses modalités oui : la disposition s'applique à toutes les procédures en droit de la famille. En outre, c'est désormais le tribunal lui-même qui désigne le curateur, et son indemnisation entre dans les frais de justice à charge de l'une et/ou l'autre des parties, en fonction de la décision finale.

Pour COTTIER (CommFam protection de l'adulte/COTTIER/art. 314a bis CC N 8), le curateur de représentation doit avoir des connaissances aussi bien dans le domaine du droit que dans celui de la psychologie.

Dans son arrêt 142 III 153, en mentionnant un travailleur social, un assistant social ou un pédopsychologue, le Tribunal fédéral semble mettre un accent sur les connaissances en psychologie du curateur. Il est vrai que cet aspect psychologique ne doit pas être négligé, tant une procédure de droit de la famille peut avoir un impact important sur le développement de l'enfant. Il convient toutefois de relever que l'aspect juridique reste à notre sens tout aussi important – si ce n'est supérieur – dans la mesure où le curateur est amené à participer activement à la procédure. En ce sens, il doit maîtriser la forme des actes (par exemple en cas de procédure ordinaire applicable au divorce sur requête unilatérale), les délais de recours et les règles relatives à l'administration des preuves (réquisitions, dépôts de pièces, témoignages).

Depuis le 1^{er} janvier 2017, le curateur peut également prendre des conclusions sur l'entretien de l'enfant. Au regard des difficultés pratiques rencontrées actuellement avec la mise en œuvre des dispositions relatives à l'entretien de l'enfant, il apparaît ardu de formuler des conclusions sur ce point sans avoir de solides connaissances en droit.

La question de la désignation d'un curateur au sens de l'art. 299 CPC doit également s'examiner au regard de la collaboration nécessaire avec les autres intervenants susceptibles d'être en relation avec l'enfant. En effet, lorsque des parents se disputent le sort de leur enfant dans une procédure du droit de la famille, l'enfant peut déjà être en contact avec d'autres professionnels du domaine de l'enfance, comme par exemple un thérapeute ou un curateur chargé de la surveillance du droit de visite au sens de l'art. 308 CC.

Dans l'intérêt de l'enfant, le rôle de ces intervenants devrait être clairement distingué du rôle du curateur de représentation. En effet, c'est un général un assistant social qui est chargé de rédiger les rapports d'enquête sociale, alors que le curateur de surveillance peut lui être tenu de rendre régulièrement compte à l'autorité de l'évolution des relations personnelles entre l'enfant et ses parents, en dehors de toute procédure. Leur rôle est différent du curateur de représentation.

Le rôle du pédopsychologue devrait également être clairement distingué de celui de curateur de représentation. Le lien entre ce thérapeute et l'enfant est susceptible de jouer un rôle important pour recueillir la parole de l'enfant qui se trouve au milieu d'un conflit parental. Il peut être un soutien déterminant pour l'enfant durant la procédure opposant ses parents. Ce rôle « d'aide » ou de protection qui sert le bien de l'enfant repose sur le lien de confiance qui s'établit entre eux. L'obligation, pour le curateur de représentation de défendre l'intérêt objectif de l'enfant et pourrait donc mettre à mal cette relation de confiance nécessaire avec le pédopsychologue. Aux yeux de l'enfant, le curateur de représentation chargé de prendre des conclusions dans une procédure qui oppose ses parents, peut apparaître comme un rôle d'opposant à l'un ou l'autre parent, voir aux deux. Il apparaît que ce rôle « d'opposition » est plus difficilement conciliable avec le statut de pédopsychologue de l'enfant. A cet égard, si le pédopsychologue disposait d'informations importantes relatives à l'enfant, il appartiendrait au curateur d'examiner l'opportunité de recueillir son témoignage ou la rédaction d'un rapport dans le cadre de la procédure, sous réserve de la question du secret médical.

Si un juriste ou un avocat était désigné pour représenter l'enfant, l'autorité devrait examiner particulièrement ses connaissances dans le domaine de l'audition de l'enfant, afin de permettre une relation adéquate entre le curateur de représentation et l'enfant. A juste titre, le Tribunal fédéral avait rappelé dans sa jurisprudence publiée précitée que le mandat du curateur de représentation comprend une partie importante d'explications à donner à l'enfant (ATF 142 III 153, consid. 5.2.3.2). Il apparaît en effet probable qu'un enfant se trouvant au milieu d'un conflit parental cherche à obtenir des informations « objectives et neutres », de telle sorte que le curateur de représentation qui pourra être tenu de donner ce genre d'information à l'enfant devra disposer de connaissances dans le domaine de la pédopsychologie.

c) La fonction du curateur

Selon le Tribunal fédéral, le curateur ne représente pas en premier lieu le point de vue subjectif de l'enfant, mais doit établir son intérêt objectif et contribuer à sa réalisation, tout en documentant sa volonté subjective (ATF 142 III 153, consid. 5.2.1).

Jusqu'alors, la doctrine majoritaire considérait que le représentant devait en priorité transmettre la volonté de l'enfant (voir not. COTTIER [CommFam protection de l'adulte/COTTIER/art. 314a bis CC N 8e et les références citées]). Il s'avère que le Tribunal fédéral a nuancé cette appréciation, considérant que le rôle du curateur est de représenter l'intérêt objectif de l'enfant. En ce sens, le curateur ne peut pas simplement agir comme un avocat qui se focaliserait sur la seule parole de son client, mais il doit tenir compte du fait que l'enfant, dans une procédure de droit de la famille, n'est ni une « tierce partie », ni une « partie adverse » (ATF 142 III 153, consid. 5.2.2).

Il apparaît ainsi que l'acte judiciaire du curateur qui présentera les conclusions à l'autorité devra comprendre à tout le moins deux parties distinctes : une première partie présentant la volonté subjective de l'enfant et une deuxième présentant l'intérêt « objectif » de l'enfant. Cette deuxième partie est susceptible de s'écarter de la position de chacun des parents, mais aussi de l'avis de l'enfant, en fonction des circonstances. Une telle position n'est possible, qu'après des investigations par le curateur, notamment sur l'évolution scolaire, médicale et personnelle de l'enfant.

d) L'indemnisation du curateur

Pour le curateur désigné selon l'art. 299 CPC dans les procédures applicables « aux enfants dans les affaires de droit de la famille » (Titre 7 CPC), les frais de représentation de l'enfant font partie des frais judiciaires (art. 95 al. 2 let. e CPC).

Comme vient de le rappeler le Tribunal fédéral dans le présent arrêt 5A_8/2017, le temps effectivement consacré à la représentation de l'enfant sert de base de calcul à l'indemnisation, pour autant que ce temps passé apparaisse raisonnable au vu des circonstances.

Si le Tribunal fédéral a rappelé les principes de la rémunération du curateur de représentation, il ne résout pas la question du tarif horaire, puisque cette question relève du droit cantonal. Il a précisé que lorsqu'un avocat était nommé, il se justifiait de se référer au tarif des avocats en procédure, tout en pouvant tenir compte que certaines démarches ne relevaient pas de l'activité d'avocat (ATF 142 III 153, consid. 5.3.4.2).

En fin de compte, la question de l'indemnisation du curateur est susceptible de dépendre du choix du curateur. Dans la mesure où la personne désignée doit disposer de bonnes connaissances juridiques, en particulier parce qu'elle prend des conclusions, formules des réquisitions, procède à un calcul de l'entretien « convenable » de l'enfant, le tarif horaire doit se rapprocher de celui d'un avocat, et dépendra de savoir un ou les deux parents bénéficient ou non de l'assistance judiciaire. En revanche, si l'accent est mis sur l'information à l'enfant, les rencontres régulières avec l'enfant, le respect du suivi des mesures d'aide à l'enfant, etc., la rémunération pourra être différente.

Il apparaît dès lors important que le juge amené à rendre une décision de représentation de l'enfant, ainsi que les parties l'ayant demandé puissent se prononcer sur le choix du curateur en connaissance de cause sur ce qui est attendu de lui, mais également sur son coût, qui pourra être différent en fonction de chaque cas d'espèce.