

CHAMBRE DES TUTELLES

Arrêt du 27 septembre 2010

Présidence de M. DENYS, président
Juges : MM. Battistolo et Sauterel
Greffier : Mme Robyr

Art. 273, 420 al. 2 CC; 85 LDIP; 1 et 2 Convention de la Haye du 5 octobre 1961; 399 ss CPC

La Chambre des tutelles du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper des recours interjetés par **A.K.**_____, à Genolier, et par **C.**_____, à St-Cergue, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 15 juin 2010 par la Juge de paix du district de Nyon dans la cause concernant les enfants **B.K.**_____, et **C.K.**_____.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. B.K._____ et C.K._____, nés respectivement le 10 mai 1999 et le 3 avril 2002, sont les enfants nés hors mariage de C._____ et de A.K._____. Ils sont tous quatre de nationalité française. La reconnaissance de l'enfant B.K._____ a été faite en France. Celle de C.K._____ a été faite à l'état civil de Genève, avec déclaration aux autorités françaises compétentes.

Le 2 avril 2010, C._____ a quitté le domicile familial sis à Genolier avec ses enfants pour s'installer à St-Cergue. Depuis, le père voit ses enfants une semaine sur deux du mercredi après l'école jusqu'au jeudi matin au début de l'école et un week-end sur deux du vendredi après l'école jusqu'au lundi matin au début de l'école.

Le 21 avril 2010, A.K._____ a ouvert action en attribution de l'autorité parentale et de la garde sur ses enfants B.K._____ et C.K._____. Il a également conclu à ce que le droit de visite de C._____ sur leurs enfants soit arrêté et une contribution d'entretien mise à sa charge.

Le même jour, A.K._____ a requis par voie de mesures provisionnelles que la garde sur ses enfants lui soit attribuée et que le droit de visite et la contribution d'entretien de la mère soient fixés.

La Juge de paix du district de Nyon a procédé à l'audition de A.K._____ et C._____ lors de son audience du 3 juin 2010. Le père a expliqué qu'il travaillait à 80% sur son lieu de domicile et souhaitait une garde partagée. Il a requis que B.K._____ soit entendue. C._____ a indiqué qu'elle travaillait jusqu'à fin juin 2010 et qu'elle était pour la suite en recherche d'emploi. Elle a exprimé le souhait, concernant la garde, que les choses restent telles qu'en l'état. Elle a conclu au rejet des conclusions provisionnelles de A.K._____, à l'attribution de la garde sur B.K._____,

celle sur C.K._____ lui appartenant de plein droit en tant que seule détentrice de l'autorité parentale, et à la fixation du droit de visite du père. A.K._____ a contesté le point concernant l'autorité parentale sur C.K._____, les parents ayant selon lui toujours compris que le droit français s'appliquait moyennant déclaration aux autorités françaises.

Par écriture du 9 juin 2010, C._____ a conclu au rejet des conclusions du requérant. Reconventionnellement, elle a conclu à ce que la garde et l'autorité parentale sur B.K._____ lui soit attribuée, celles sur C.K._____ lui appartenant de plein droit, et à ce qu'un droit de visite du père sur ses enfants soit fixé.

Le même jour, elle a déposé un procédé écrit sur mesures provisionnelles, concluant au rejet des conclusions du requérant, à ce que la garde sur B.K._____ lui soit attribuée, celle sur C.K._____ lui appartenant de plein droit, et à la fixation du droit de visite du père.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 15 juin 2010, envoyée aux parties pour notification le 18 juin suivant, la Juge de paix du district de Nyon a attribué provisoirement la garde sur B.K._____ et C.K._____ à leur mère C._____ (I), dit que A.K._____ exercera son droit de visite sur ses enfants à raison d'un week-end sur deux du vendredi dès la sortie de l'école au lundi matin et, en période scolaire, tous les mercredis dès la sortie de l'école au jeudi matin, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires (II), les frais de la décision suivant le sort de la cause au fond (III) et l'ordonnance étant exécutoire nonobstant recours (IV).

Le 18 juin 2010, la juge de paix a ouvert une enquête en transfert du droit de garde et en fixation du droit de visite de A.K._____ et C._____ sur leurs enfants et chargé le Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) de ce mandat d'enquête.

B. Par acte d'emblée motivé du 1^{er} juillet 2010, A.K._____ a recouru contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation. Le recourant a également conclu à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours, à ce que les enfants et la logopédiste de C.K._____ soient entendus, à ce que la garde sur les enfants lui soit confiée à titre provisoire et dans l'attente du dépôt du rapport du SPJ et à ce que la mère se voie attribuer un droit de visite.

Le recourant n'a pas déposé de mémoire ampliatif.

Par acte du 16 septembre 2010, C._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

C. Par acte motivé du 1^{er} juillet 2010, C._____ a également recouru contre l'ordonnance de mesures provisionnelles en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que A.K._____ pourra exercer son droit de visite sur ses enfants à raison d'un week-end sur deux du vendredi dès la sortie de l'école au lundi matin et, en période scolaire, un mercredi sur deux, soit le mercredi qui suivra le week-end durant lequel le père n'a pas eu ses enfants dès la sortie de l'école jusqu'au jeudi matin, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires. Subsidiairement, la recourante a conclu à l'annulation du chiffre II de l'ordonnance et au renvoi du dossier au Juge de paix du district de Nyon pour nouvelle instruction dans le sens des considérants.

La recourante a également renoncé à déposer un mémoire ampliatif.

Par écriture du 13 août 2010, A.K._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours déposé par C._____.

D. Par écriture du 12 juillet 2010, C._____ a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif.

Par décision du 14 juillet 2010, le Président de la cour de céans a rejeté la requête en restitution de l'effet suspensif.

En droit :

1. Le recours est dirigé contre une ordonnance de mesures provisionnelles du juge de paix qui retire provisoirement à un parent son droit de garde sur ses enfants B.K._____ et C.K._____ (art. 401 CPC, Code de procédure civile du 14 décembre 1966, RSV 270.11) et fixe les modalités de l'exercice du droit de visite du parent qui se voit ainsi privé de son droit de garde (art. 273 CC, Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210).

a) Contre une telle décision, le recours non contentieux de l'art. 420 al. 2 CC est ouvert à la Chambre des tutelles (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., Lausanne 2002, n. 3 ad art. 401 CPC, p. 619; JT 1990 III 34; 2001 III 121 c. 1a; art. 76 LOJV, Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01). Ce recours, qui s'instruit conformément aux art. 489 ss CPC (art. 109 al. 3 LVCC, Loi d'introduction dans le canton de Vaud du Code civil suisse du 30 novembre 1910, RSV 211.01), s'exerce par acte écrit dans les dix jours dès la communication de la décision attaquée (art. 492 al. 1 et 2 CPC). Il est ouvert à tout intéressé (art. 420 al. 1 CC et 405 CPC), soit notamment à chacun des parents dans les causes concernant les relations personnelles avec un enfant mineur (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, 4^{ème} éd., 1998, adaptation française par Meier, n. 27.64, p. 205; RDT 1955, p. 101).

La Chambre des tutelles peut réformer la décision attaquée ou en prononcer la nullité (art. 498 al. 1 CPC). Si la cause n'est pas suffisamment instruite, elle peut la renvoyer à l'autorité tutélaire ou procéder elle-même à l'instruction complémentaire (art. 498 al. 2 CPC); le recours étant pleinement dévolutif, elle revoit librement la cause en fait

et en droit. S'agissant de mesures provisionnelles, la Chambre des tutelles peut se limiter à un examen *prima facie*, plus sommaire qu'au fond, et statuer sous l'angle du déni de justice (JT 2003 III 35; JT 2001 III 121).

b) En l'espèce, les recours, interjetés en temps utile par le père et la mère des mineurs concernés, qui y ont intérêt (ATF 121 III 1 c. 2a, JT 1996 I 662), sont recevables à la forme. Il en va de même des écritures déposées en deuxième instance dans les délais impartis à cet effet (art. 496 al. 2 CPC).

2. La cause présente un élément d'extranéité vu la nationalité française des parents et des enfants.

a) L'art. 79 al. 1 LDIP (Loi sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291) prévoit que les tribunaux suisse de la résidence habituelle de l'enfant ou ceux du domicile et, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du parent défendeur sont compétents pour connaître d'une action relative aux relations entre parents et enfant, notamment d'une action relative à l'entretien de l'enfant. Les dispositions relatives à la protection des mineurs sont toutefois réservées (art. 79 al. 2 LDIP).

A teneur de l'art. 85 al. 1 LDIP, en matière de protection des mineurs, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses est régie par la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (ci-après: CLaH; RS 0.211.231.01). Cette convention, ratifiée tant par la Suisse que par la France, vise toutes les mesures individuelles de protection des mineurs, qu'elles ressortissent au droit privé ou au droit public, en particulier celles concernant l'autorité parentale sur un enfant, né de parents mariés ou non mariés (ATF 117 II 334, JT 1995 I 56; ATF 114 II 412, JT 1992 I 286), ainsi que le règlement du droit de garde et des relations personnelles (ATF 132 III 586 c. 2.2; ATF 126 III 298; ATF 124 III 176 c. 4; Bucher, L'enfant en droit international

privé, n° 321, p. 117), y compris le droit de visite (TF 5A_607/2008 du 2 mars 2009 c. 4.3; ATF 124 III 176 c. 4, JT 1999 I 35; Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^{ème} éd., 2004, n. 3 ad art. 85 LDIP, p. 280; Schwander, Basler Kommentar, n. 24 ad art. 85 LDIP). Ainsi, ce sont les autorités de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur qui sont compétentes pour prendre les mesures de protection qui s'imposent et qui sont prévues par leur loi interne (art. 1 et 2 CLaH).

Les autorités compétentes aux termes de l'art. 1 CLaH prennent les mesures prévues par leur loi interne (art. 2 CLaH). L'art. 3 LCaH prévoit qu'un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les Etats contractants. L'autorité parentale est un rapport d'autorité au sens de cette disposition (Bucher, op. cit., n° 349 p. 125).

b) En l'espèce, il n'est pas contesté que les enfants sont mineurs, qu'ils ont leur résidence habituelle dans le district de Nyon - que l'on prenne en compte le domicile du père à Genolier ou celui de la mère à St-Cergue - et que les mesures en question tombent sous le coup de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961. Les autorités de la résidence habituelle des mineurs sont ainsi compétentes.

B.K._____ et C.K._____ sont actuellement sous l'autorité parentale conjointe de leurs deux parents en vertu du droit français, droit s'imposant aux autorités suisses selon l'art. 3 CLaH. Chaque parent requiert qu'il soit mis fin à l'exercice commun de l'autorité parentale et que celle-ci lui soit attribuée exclusivement. Le droit applicable aux mesures de protection qui sont requises est le droit suisse (Dutoit, op. cit., n. 3 ad art. 85 LDIP; Bucher, op. cit., n° 350 p. 125 et l'arrêt cité.)

La compétence pour statuer sur la question de l'autorité parentale de parents non mariés appartient à l'autorité de surveillance (art. 298a al. 2 CC), soit la Chambre des tutelles (art. 76 LOJV). Il en va de même lorsqu'il s'agit de prendre des mesures de protection de l'enfant hors d'une procédure matrimoniale (art. 315 al. 1 CC). La Justice de paix

du district de Nyon, en sa qualité d'autorité tutélaire, était donc bien compétente pour connaître de la requête déposée par A.K._____ et instruire une enquête en retrait de l'autorité parentale de l'un des parents non mariés. La juge de paix était en outre compétente pour rendre des mesures provisionnelles au sens de l'art. 401 CPC concernant l'attribution du droit de garde et l'exercice des relations personnelles.

Il convient toutefois de noter que la juge de paix a ouvert une enquête uniquement en transfert du droit de garde et en fixation du droit de visite et non pas en retrait de l'autorité parentale, alors que cela est expressément requis par chacun des parents. Il appartiendra dès lors à la juge de paix d'étendre l'enquête au retrait de l'autorité parentale.

Quant à la question de la contribution d'entretien due par le parent non gardien aux enfants, elle est litigieuse au fond et en mesures provisionnelles mais ne l'est en revanche pas au stade du présent recours. En effet, le premier juge n'a pas statué sur ce point, à juste titre puisque la compétence pour statuer sur cette question appartiendra au président du tribunal d'arrondissement (art. 279 CC et 4 ch. 15 LVCC).

3. La juge de paix a indiqué que les deux parents paraissaient aptes à s'occuper des enfants. Elle a toutefois considéré que C._____ et C.K._____ vivaient avec leur mère depuis le mois d'avril 2010, que celle-ci paraissait apte à favoriser le droit de visite du père et que, dans l'intérêt des enfants, il convenait de privilégier la stabilité et de ne pas leur imposer un deuxième déménagement, de sorte que la garde sur les enfants devait être attribuée provisoirement à leur mère. Le recourant conclut à la nullité de l'ordonnance du fait que B.K._____ n'a pas été entendue et au vu de l'absence d'instruction sur des éléments essentiels concernant l'intérêt des enfants.

a) La Chambre des tutelles, qui n'est pas tenue par les moyens et les conclusions des parties, examine d'office si la décision n'est pas affectée de vices d'ordre formel. Elle peut même retenir des moyens de

nullité non articulés par le recourant lorsqu'il s'agit de vices apparents qui affectent la décision attaquée. Elle examine en outre si l'une ou l'autre des critiques formulées est fondée et si elle doit entraîner la réforme de la décision, son annulation complète, ou encore le renvoi de la cause au premier juge pour complément d'instruction et nouveau jugement. Elle ne doit toutefois annuler une décision que s'il ne lui est pas possible de faire autrement, soit parce qu'elle est en présence d'une procédure informelle, soit parce qu'elle constate la violation d'une règle essentielle de la procédure à laquelle elle ne peut elle-même remédier et qui est de nature à exercer une influence sur la solution de l'affaire (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., nn. 3 et 4 ad art. 492 CPC, p. 763).

b) Il convient de distinguer selon que l'attribution du droit de garde intervient dans le cadre d'une procédure matrimoniale – mesures protectrices de l'union conjugale ou procédure de divorce – ou dans celui des mesures de protection de l'enfant (art. 307 ss CC, 401 CPC).

Dans le cadre d'une procédure matrimoniale, il s'agit de déterminer à quel parent le droit de garde doit être confié. A teneur de l'art. 133 al. 1 CC, le juge attribue l'autorité parentale à l'un des parents et fixe, d'après les dispositions régissant les effets de la filiation, les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent. Ce n'est que sur requête conjointe des père et mère que le juge peut maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale. L'attribution du droit de garde à l'un des parents et donc un effet du divorce que le juge doit d'office prévoir.

Lorsqu'il s'agit en revanche de retirer le droit de garde d'un parent hors de toute procédure matrimoniale, comme c'est le cas en l'espèce, la procédure des art. 399 ss CPC s'applique. Selon l'art. 400 CPC, lorsque la justice de paix est saisie ou encore lorsqu'elle intervient d'office, le juge de paix procède à une enquête (al. 1). Il entend le dénonçant, le dénoncé, ainsi que toute autre personne ou autorité dont l'audition lui paraît utile (al. 2). Il dresse procès-verbal de ces auditions (al. 3). Aux termes de l'art. 401 al. 1 CPC, en cas d'urgence, après avoir entendu ou dûment cité les dénoncés, le juge de paix peut leur retirer provisoirement

la garde des enfants et les placer dans une famille ou un établissement, conformément à l'art. 310 al. 1 CC. Dans ce cas, il s'agit de vérifier si la protection de l'enfant justifie un retrait du droit de garde sans attendre le résultat de l'enquête à entreprendre sur la base des art. 399 ss CPC.

c) En l'espèce, la juge de paix a prononcé le retrait provisoire du droit de garde du recourant après des échanges d'écritures entre les parents et l'audition de ceux-ci le 3 juin 2010. Le principe et la nécessité d'un retrait du droit de garde de l'un des parents n'ont toutefois pas été examinés. Les enfants n'ont pas été entendus, en particulier B.K. _____, âgée de 11 ans, et le SPJ n'a pas encore pu se charger de l'enquête qui lui a été confiée. Il n'a ainsi pu ni se prononcer sur la mesure envisagée ni retranscrire l'avis des enfants, dont le droit d'être entendu n'est dès lors pas respecté.

Au vu de ce qui précède, l'instruction n'est pas suffisante en l'état pour procéder à un retrait provisoire du droit de garde. Ce droit peut être maintenu pendant l'enquête en mains des deux parents, alors que les enfants vivent auprès de la mère seulement. En effet, le droit de garde implique la compétence pour décider du lieu de résidence et du mode d'encadrement de l'enfant et pour exercer les droits et les responsabilités liés à l'assistance, aux soins et à l'éducation quotidienne. Il doit être distingué de la garde de fait consistant à donner au mineur tout ce dont il a journallement besoin pour se développer harmonieusement sur le plan physique, intellectuel et spirituel (ATF 128 III 9; Stettler, Le droit suisse de la filiation, Traité de droit privé suisse, III, tome II, 1, p. 247; Meier/Stettler, Les effets de la filiation, 4^{ème} éd. 2009, n. 1216 p. 699). La décision de première instance doit donc être annulée quant au chiffre I de son dispositif.

4. Les deux parents demeurant titulaires en commun de l'autorité parentale et du droit de garde, une réglementation détaillée du droit de visite apparaît prématurée. Il faudrait au demeurant être renseigné plus précisément sur la situation des parents et des enfants pour statuer sur

l'étendue de ce droit, notamment pour déterminer si les relations personnelles doivent d'exercer tous les mercredis ou un mercredi sur deux seulement. La décision doit donc également être annulée en tant qu'elle prévoit le droit de visite du père.

Compte tenu de l'annulation de la décision de première instance, le recours de la mère est rendu sans objet.

5. Le recours de A.K. _____ doit donc être admis, la décision annulée et la cause renvoyée à la Juge de paix du district de Nyon pour complément d'instruction et nouvelle décision. Le recours de C. _____ est sans objet.

Le présent arrêt peut être rendu sans frais (art. 236 al. 2 TFJC, Tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile, RSV 270.11.5).

Le recourant, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens arrêtés à 500 fr., à charge de la recourante (art. 91 et 92 CPC).

Par ces motifs,
la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
prononce :

- I.** Le recours de A.K. _____ est admis et celui de C. _____ est sans objet.
- II.** La décision est annulée et la cause est renvoyée à la Juge de paix du district de Nyon pour complément d'instruction et nouvelle décision.

III. L'arrêt est rendu sans frais.

IV. La recourante C._____ doit verser au recourant A.K._____ la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 27 septembre 2010

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Franck-Olivier Karlen (pour C._____),
- Me Violaine Jaccottet Sherif (pour A.K._____),
- Service de protection de la jeunesse,

et communiqué à :

- Mme la Juge de paix du district de Nyon,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :